

Rechterlijke macht en Nieuw BW

BW-krant jaarboek 1990

Redactie

Mr A.G. Castermans

Mr. M.E. Franke

Mr W.A.K. Rank

Mr W.L. Valk

Mr F.J. de Vries



Gouda Quint – Arnhem

1990

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Rechterlijke

Rechterlijke macht en Nieuw BW / red.: A.G. Castermans ...
[et al.]. – Arnhem : Gouda Quint. – (BW-krant jaarboek,
ISSN 0924-1345 : nr. 6)

Met lit. opg.

ISBN 90-6000-730-1

SISO 393.71 UDC 342.56 + 347(492)(094.4) NUGI 692

Trefw.: rechterlijke macht / Nieuw Burgerlijk Wetboek.

© 1990, Drs. F.G. Vermeulen, prof. mr Jac. Hijma, prof. mr P.A.M. Meijknecht, prof. mr J. Spier, mr C.L. de Vries Lentsch-Kostense, mr T.W.H.E. Schmitz, mr J.P. Jordaans, mr W.L. Valk, mr F.J. de Vries, H.P.G.A. Arntz en J.H.F. Schultz van Haegen.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotocopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

VOORWOORD

Het begrip rechterlijke macht staat in de eerste plaats voor het geheel van personen dat het ambt van rechter vervult. Het begrip staat echter ook voor de beslissingsbevoegdheid van de rechter als zodanig. In deze beide betekenissen is het begrip in de titel van dit jaarboek bedoeld. De inwerkingtreding van het Nieuw BW op 1 januari 1992 zal voor beide soorten rechterlijke macht ingrijpende consequenties hebben. De rechterlijke macht als instituut zal vrijwel zeker te maken krijgen met een verzwaring van haar werklust. Het ligt in de rede dat na 1 januari 1992 talloze geschillen omtrent de uitleg van de nieuwe wetgeving zullen rijzen. Daarnaast zullen om- en bijscholing de nodige tijd gaan kosten. Niet voor niets heeft de Minister van Justitie de magistratuur concrete steunmaatregelen in het vooruitzicht gesteld als de bevindingen van de commissie-Van Schendel daartoe aanleiding mochten geven. De rechterlijke macht in de zin van de beslissingsbevoegdheid van de rechter zal vrijwel zeker aan betekenis inboeten. Vandaag de dag kan de rechter door middel van een vrije interpretatie van de wet in feite elk vermogensrechtelijk probleem van de door hem gewenste oplossing voorzien. Na 1 januari 1992 zal hij zich echter minder vrij van de wet durven opstellen. Een nieuwe tekst biedt nu eenmaal meer weerstand tegen een vrije interpretatie dan een samenstel van oude en deels ook verouderde bepalingen, met alle consequenties van dien¹.

Dit zesde BW-krant jaarboek belicht de rechterlijke macht (in de dubbele betekenis van het woord) in het perspectief van het nieuwe recht. Twee artikelen betreffen het overgangsrecht: De Vries Lentsch-Kostense beschrijft de systematiek, terwijl Schmitz nader ingaat op het overgangsrecht bij koop. Twee andere artikelen

1. Vgl. R. Zwitter, NBW in 100 uur, Arnhem 1990, blz. 11-16.

betreffen facetten van de toetsing door de rechter aan het algemeen belang: Spier schrijft over de onrechtmatige overheidsdaad en Valk over voortdurende verplichtingen op registergoederen. Een verwant onderwerp, de functie van het schadevergoedingsrecht komt aan de orde in het door Arntz en Schultz van Haegen geschreven artikel over voetbalvandalisme, straf en schadevergoeding. Drie artikelen betreffen de positie van de rechtzoekende: Meijknecht schrijft over de nieuwe kantongerechtsprocedure, Jordaans over de buitengerechtelijke vernietiging en ontbinding en De Vries over schone handen en algemene voorwaarden. Een vijfde aspect betreft de rechtsvinding door de rechter: Hijma schrijft over analogie in het nieuwe vermogensrecht. Anders dan anders bevat dit jaarboek geen interview met een prominente civilist. In plaats daarvan wordt geopend met een enigszins literair getinte bijdrage van de journalist Vermeulen (NRC-Handelsblad), waarin deze verslag doet van een door hem bezochte rechtszaak.

Frits de Vries verlaat de redactie van de BW-krant, tot grote spijt van de achterblijvende redacteurs. Een behendig interviewer en behoedzaam penningmeester vertrekt, maar niet is te verwachten dat een bekwaam auteur voor de BW-krant verloren gaat. Als kersverse redacteur schreef Frits in 1984 over de invoering van het Nieuw BW:

„Dat het voor ons aan de Universiteit ook van het allergrootste belang is te weten . . . niet slechts rechtsfuturisme gedoceed te hebben”.²

Het is duidelijk dat hij niet van *science-fiction* houdt. Gelukkig staat nu vast dat al het werk waarmee hij de BW-krant heeft verrijkt niet tot deze categorie behoort. Wij wensen Frits de Vries veel geluk in de hoofd- en hofstedelijke advocatuur!

Tot slot verwelkomt de redactie Mirjam Franke als nieuwe redacteur en dankt zij Eliëtte van 't Wout – werkzaam op het secretariaat van de afdeling burgerlijk recht – die zeer consciëntieus heeft bijgedragen aan de totstandkoming van dit jaarboek.

Leiden, 1 mei 1990

2. BW-krant 13 (1984), p. 32.

INHOUD

Verandering in het recht <i>Frank Vermeulen</i>	9
Analogie in het nieuwe vermogensrecht <i>Jac. Hijma</i>	15
De nieuwe kantongerechtsprocedure; zelf procederen in 1992 gemakkelijker? <i>P. A. M. Meijknecht</i>	29
Randverschijnselen van de (on)rechtmatige overheidsdaad <i>J. Spier</i>	43
De systematiek van het overgangsrecht Nieuw BW <i>C. L. de Vries Lentsch-Kostense</i>	59
Artikel 196 overgangswet Nieuw BW, een al te bijzondere regeling? <i>T. W. H. E. Schmitz</i>	79
Buitengerechterlijke vernietiging en ontbinding <i>J. P. Jordaans</i>	95
De rechter, het Nieuw BW en voortdurende verplichtingen op registergoederen <i>W. L. Valk</i>	119

Clean hands en algemene voorwaarden <i>Frits de Vries</i>	131
Over voetbalvandalisme, straf en schadevergoeding <i>H. P. G. A. Arntz en J. H. F. Schultz van Haegen</i>	143

Verandering in het recht

*Frank Vermeulen**

Juristen zijn vertrouwd met veranderingen in het recht. De invoering van het Nieuw BW is een grote ingreep, maar bijna dagelijks treden op vele andere gebieden wijzigingen op. Het gaat daarbij niet alleen om wetgeving, maar ook om beleid dat van invloed is op het materiele recht. Eén van de rechtsgebieden waarop op men voortdurend met verandering te maken heeft is het vreemdelingenrecht. Frank Vermeulen bezocht op verzoek van de redactie de rechtbank Haarlem, aangewezen als één van de fora buiten Den Haag waar kort gedingen in vreemdelingenzaken kunnen worden behandeld. (Red.)

Op 10 februari 1990 verliet de 22-jarige Hussein K. Y. per vliegtuig zijn vaderland Libanon. De volgende dag arriveerde hij op de luchthaven Schiphol, waar hem echter toelating tot Nederland geweigerd werd. Hussein verdween in de zogenaamde „Transitruimte”, een wachtkamer op de luchthaven. Van daaruit begon zijn juridische veldtocht om alsnog toegelaten te worden.

Op 21 februari, inmiddels was hij overgebracht naar het „verblijfscentrum” op Schiphol-Oost, vroeg hij om toelating als vluchteling of, als dat niet verleend werd, om een vergunning tot verblijf. Hij werd dezelfde dag gehoord door een van de contact-ambtenaren van het ministerie van justitie. Drie dagen later ontving hij een dubbele weigering: geen verblijfsvergunning en geen vluchtelingenstatus.

Een op 5 maart ingediend herzieningsverzoek had geen schorsende werking, Hussein K. Y. kon ieder moment uitgezet worden. Daarom spande hij een kort geding aan tegen de Staat waarin hij

* Drs F. G. Vermeulen is redacteur van NRC-Handelsblad. De illustraties zijn van Jurriaan van Hall.

een verbod tot uitzetting eiste. Hussein wilde niet terug naar de burgeroorlog.

In Nederland verblijven inmiddels enkele honderden Libanezen, die net als Hussein K. Y. gevlucht zijn voor de dagelijkse dood in hun vaderland.

De jonge Libanees is vanochtend, 29 maart, bij de behandeling van zijn zaak in de Haarlemse rechtbank afwezig. Ook zijn lotgenoot S. wiens zaak nu tegelijkertijd behandeld wordt, ontbreekt. De beide asielzoekers zitten nog in het „verblijfscentrum” op Schiphol-oost, dat niemandsland tussen recht en onrecht. Asielzoekers zijn er in feite opgesloten, maar het Hof in Amsterdam heeft in 1985 in een wat cynische beschikking uitgemaakt dat van gevangenhouding geen sprake is. „Het staat asielzoekers immers vrij Nederland te verlaten”.

In het bescheiden rechtszaaltje van rechtbankpresident mr H. F. van den Haak is daarom een select gezelschap verzameld. Behalve de president en de griffier zijn aanwezig mr. Thomas Spijkerboer, vluchtelingenadvocaat, en de landsadvocaat mr. W. de Vries. Op een stoeltje achter De Vries heeft bij wijze van publiek een ambtenaar van het ministerie van justitie plaatsgenomen, die moet onderzoeken of de „kwaliteit van het product geleverd door onze ambtenaren verbeterd kan worden”.

Voor de rest stelt niemand belang in de schier eindeloze reeks asiel-kort gedingen die voor de president van de Haarlemse rechtbank worden uitgevochten. Het aanspannen van kort gedingen om uitzetting te voorkomen is zo populair onder asielzoekers op Schiphol dat de Haarlemse rechtbank voor de behandeling daarvan wekelijks de hele donderdag uittrekt.

Vandaag schijnt een felle voorjaarszon, de markiezen zijn neergelaten, de rechtszaal baadt in een oranje licht. Er wordt geen tijd verknoeit met formaliteiten; de spelers kennen elkaar. President, landsadvocaat en vluchtelingenadvocaat hebben ontelbare keren eerder tegenover elkaar gestaan. De rollen zijn duidelijk: de advocaten krijgen om beurten de gelegenheid de positie van hun cliënten toe te lichten. De rechter luistert.

Rechtszaken worden volgens het bekende onderscheid naar type onderverdeeld in *inquisitoire* en *accusatoire* processen. In het inquisitoire proces treedt de rechter actief op. Hij stelt vragen die

de waarheid aan het licht moeten brengen. Het strafproces zou hier idealiter een voorbeeld van moeten zijn.

Het kort geding – het Nederlands civiele proces in het algemeen – wordt zoals bekend gerangschikt onder het tweede type rechtszaken: de accusatoire processen. Hierin is de hoofdrol weggelegd voor de elkaar bestrijdende partijen terwijl de rechter passief is tot het moment dat van hem een beslissing verwacht wordt.

Van den Haak luistert dus, hand aan de kin, de ogen bijna onzichtbaar door de lichtbreking in zijn dikke brilleglazen. Regelmatig maakt hij notities of hij duikt in een van de vele „produkties” die Spijkerboer heeft overgelegd om zijn betoog te ondersteunen.

De positie van Spijkerboer is zwak: de Haarlemse rechtbankpresident heeft in eerdere bijna identieke Libanezen-zaken negatief beschikt. In het betoog van de vluchtelingenadvocaat komt daarom de bodem van de beker zicht. De historische context van het vluchtelingenverdrag wordt belicht, de internationale jurisprudentie. Het botsen van het groepsconcept van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en het inmiddels geïndividualiseerde concept van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State. „De Afdeling spreekt contra legem recht”, zegt Spijkerboer. In het voetspoor van de Nijmeegse jurist mr R. Fernhout, voorzitter van de Nederlandse afdeling van Amnesty International, bekritiseert hij de „sterke individualisering van het concept vluchteling”. Uit het begin 1990 verschenen proefschrift van Fernhout blijkt onder meer dat Nederland een zeer restrictief toelatingsbeleid voert ten aanzien van vluchtelingen. Op de wereld zijn er op dit moment volgens schattingen ruim 11 miljoen vluchtelingen. Vorig jaar kwamen ongeveer 14 000 van hen als asielzoeker naar Nederland. De cijfers van de afgelopen jaren geven aan dat slechts een klein percentage van alle asielzoekers uiteindelijk als vluchteling erkend wordt.

Landsadvocaat De Vries volgt het betoog van zijn confrater met matige interesse. Alleen daar waar de jonge jurist de euvele moed heeft de jurisprudentie van Van den Haak aan te vallen, maakt hij enkele notities. Spijkerboer verklaart dat recente vonnissen van de Haarlemse rechtbankpresident „gekenmerkt worden door een weinig hechte argumentatie die op gespannen voet staat met de



Straatsburgse beslissingen”. Ongetwijfeld dapper van de advocaat, maar of het ook händig is een rechtbankpresident zo te kapittelen? Als De Vries even later het woord krijgt, valt op hoe eenvoudig zijn taak is. Hij hoeft de rechtbankpresident alleen maar te wijzen op zijn eigen – afwijzende – uitspraken van 13 oktober 1989, 9 maart 1990, 16 maart 1989 en 16 januari 1989. „De Staat wil niet onvermeld laten dat in menig van die andere, afgewezen, zaken méér werd aangevoerd dan in casu”, merkt De Vries op.

Het door Spijkerboer opgeworpen principiële probleem of vluchtelingen als groep moet worden beschouwd of individueel, omzeilt hij met een opmerking over „het wat academisch betoog van mijn tegenpleiter”. Bovendien: „De staatssecretaris gaat altijd uit van de individuele optiek.” Net als de Afdeling, „het kompas waarop de president dient te varen”.

In De Vries’ betoog is dus vooral veel nadruk op de individuele vluchtverhalen van de beiden eisers.

Hussein K. Y. is afkomstig uit een welgesteld milieu. Hij begon aan de studies wiskunde en rechten maar kwam uiteindelijk terecht in een plaatwerkerij in Beiroet. Volgens zijn zeggen woonde hij in een wijk in Beiroet die gecontroleerd wordt door Hezbollah. Leden



van deze organisatie zouden steeds grotere druk op hem uitgeoefend hebben om deel te nemen aan de oorlog. Om daar aan te ontsnappen is Y. uiteindelijk uit Beiroet gevlucht. De Vries meldt dat eiser echter „zonder problemen” een paspoort heeft gekregen dat bovendien werd opgesierd met een vals Benelux-visum: „een aardappelstempel”, grapt De Vries.

Hij concludeert dat „de oorlogssituatie een begrijpelijke grond is om naar Nederland te komen maar toch onvoldoende voor het verkrijgen van een vluchtelingenstatus”.

Nadat landsadvocaat De Vries het standpunt van de staat heeft toegelicht, komt het geding in een volgende fase waarin de partijen reageren op elkaars argumenten. Niet langer wordt voorgelezen uit de thuis voorbereide pleitnota's, het komt nu aan op een soort verbaal Chinees worstelen.

Als de beide tegenpleiters in de clinch gaan over het „beleidsvacuum” waarin de president volgens Spijkerboer opereert, verlaat Van den Haak de passieve rol van de accusatoire rechter. In zijn betoog heeft de vluchtelingenadvocaat gewezen op uitlatingen van staatssecretaris Kosto van justitie die erop duiden dat er een beleidswijziging op komst is voor asielzoekers die op de vlucht zijn

voor oorlog of andere acute rampen. Deze vluchtelingen zouden sowieso in aanmerking moeten komen voor een tijdelijke verblijfsvergunning.

Van den Haak wil van De Vries horen wanneer die notitie van Kosto komt. De Vries mompelt dat hij dat niet weet. Vervolgens stelt Van den Haak zijn vraag aan ambtenaar van het ministerie die daar volstrekt niet op voorbereid is en geschrokken antwoordt daar niets vanaf te weten. Van den Haak, half grappend: „U bent hier toch voor de kwaliteitsverbetering, dan moet u ook open zijn.” De Vries tracht de boot af te houden. Geërgerd: „Ik vind niet dat kan worden geanticipeerd op onzekere beleidsvoornemens.”

President Van den Haak lijkt daar anders over te denken. „Gelet op het feit dat er in dit verband opmerkingen gemaakt zijn door de staatssecretaris lijkt het mij van bestuurlijk wijs beleid getuigen dat er op papier haring of kuit wordt verschaft.” En hij sluit de behandeling.

Op 6 april 1990 heeft Van den Haak de eis van S. en Y. in zijn vonnis afgewezen. De daadwerkelijke uitzetting van de beide Libanezen werd echter voorlopig geblokkeerd door een fax uit Straatsburg geadresseerd aan de Staat der Nederlanden. Spijkerboer bleek over deze zaak een klacht gedeponoord te hebben bij de Europese Commissie voor de Rechten van de mens. De Commissie heeft de staat verzocht de Libanezen voorlopig niet uit te wijzen. Eerst moest duidelijk worden of de zaak zal worden voorgelegd aan het Europese Hof.

Op 18 april was er nog steeds geen duidelijkheid. Jusitie dacht nog immer na over het verzoek van de Commissie, de beide Libanezen zaten nog steeds in Schiphol-oost. Spijkerboer had inmiddels voor de raadkamer in Haarlem geëist dat zijn cliënten direct zouden worden vrijgelaten. Een beslissing daarover was nog niet genomen.

Analogie in het nieuwe vermogensrecht

Jac. Hijma*

1. INLEIDING

Een van de methoden die de rechter bij zijn rechtsvindende arbeid herhaaldelijk hanteert¹ is die van het *argumentum per analogiam*. Deze redeneerwijze kan in het kort² aldus worden weergegeven dat de rechter, na te hebben geconstateerd dat het aan hem voorgelegde geval B niet in de wet is geregeld maar een aanpalend geval A wel, voor dat geval B een regel opstelt en toepast die overeenkomt met de regel die voor geval A in de wet is neergelegd. Het betrokken wetsartikel fungeert aldus als grondslag voor eenzelfde regel inzake een ander geval. Op dit andere geval wordt in feite de nieuw-opgestelde ongeschreven regel toegepast, doch deze toepassing vindt plaats *via* het wettelijke voorbeeld: het wetsartikel is „van overeenkomstige toepassing”. Het *argumentum per analogiam* vindt zijn rechtvaardiging in het universele principe dat gelijke gevallen gelijk dienen te worden behandeld. Het komt er op aan nauwgezet te onderzoeken of geval B, dat niet identiek is aan het in de wet geregelde geval A, op de relevante punten als „volgende gelijk” aan dat geval A is aan te merken om een analoge wetstoepassing te rechtvaardigen³.

* Prof. mr Jac. Hijma is hoogleraar burgerlijk recht aan de Rijksuniversiteit te Leiden.

1. H. J. Sijders heeft het analogie-argument in ruim 5% van de in 1970-1974 door de Hoge Raad gewezen arresten aangetroffen: Rechtsvinding door de burgerlijke rechter (diss. Leiden 1978), blz. 55-56.
2. De gegeven omschrijving is in feite die van de „Einzelanalogie”; daarnaast wordt wel de (weinig voorkomende) „Gesamtanalogie” gesteld, waarbij uit een aantal wettelijke bepalingen een meer algemene positiefrechtelijke regel wordt afgeleid. Zie nader K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1983), blz. 368 e.v.; J. H. Nieuwenhuis, RMTh 1976, blz. 502-505.
3. Vgl. Asser-Scholten, Algemeen Deel (1974), blz. 60-61; K. Larenz, Methoden-

De analogie pleegt te worden onderscheiden van de *extensieve interpretatie*. Het verschil is hierin gelegen, dat bij de extensieve interpretatie nog het wetsartikel zelf – zij het in opgerechte vorm – wordt toegepast, terwijl bij de analogie juist buiten de grenzen van dat wetsartikel wordt getreden⁴. Scholten⁵ heeft terecht betoogd dat hier niet een principieel, doch slechts een gradueel verschil aan de orde is. In beide redeneerwijzen wordt de in een wetsartikel vervatte regel toegepast op een casuspositie die in eerste instantie niet onder de werking van die regel lijkt te kunnen worden gebracht. Dat daarbij de ene maal een begrip of formule ruim wordt uitgelegd (extensieve interpretatie) en de andere maal een tweede begrip of formule daarnaast wordt gesteld (analogie), is in het licht van de gelijkkluidende uitkomst niet van fundamentele betekenis.

2. WETGEVER, WET EN ANALOGIE

De wetgever heeft zich bij de totstandkoming van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek meermalen over kwesties van analogie uitgelaten; hij geeft er daarbij blijk van te verwachten dat de rechterlijke macht dit gedeelte van haar rechtsvormende taak serieus zal nemen. Tot een algemene blanco volmacht aan de rechter is het echter niet gekomen; veeleer heeft de wetgever incidenteel, op deel-terreinen, enige specifieke standpunten ontvouwd.

Wat de *wettelijke vindplaatsen* betreft zijn twee rubrieken te onderscheiden: de analogiegeboden en de analogieverboden. Deze worden besproken in de navolgende paragrafen 3, 4 en 5. Doch in de meeste gevallen waarin de wet een bepaald geval ongeregeld laat, zwijgt zij tevens over de wenselijkheid of toelaatbaarheid van een eventuele analogieredenering. Bij een nadere beschouwing blijkt zulk een *wettelijk zwijgen* niet steeds van dezelfde aard: de wetgever kan een bepaald geval ongeregeld laten uit nalatigheid, uit voorzichtigheid, of omdat hij op het standpunt staat dat de bewuste regeling op dat geval juist *niét* behoort te worden toegepast. Aan

lehre der Rechtswissenschaft (1983), blz. 365 e.v.; J.H. Nieuwenhuis, RMTh 1976, blz. 502.

4. Vgl. K. Larenz, Methodenlehre (1983), blz. 338-339.

5. Asser-Scholten, Algemeen Deel (1974), blz. 69-70; in vergelijkbare zin K. Larenz, Methodenlehre (1983), blz. 383.

deze drie varianten der wettelijke zwijgzaamheid zijn de paragrafen 6, 7 en 8 gewijd.

3. WETTELIJK GEBOD (I); EFFICIENCYBEPALINGEN

De meest analogievriendelijke variant is het *wettelijk gebod* tot overeenkomstige toepassing. De rechter die daarmee wordt geconfronteerd hoeft niet zelf te onderzoeken of geval B aan geval A voldoende gelijk is om de aan dat geval A gewijde bepaling analoog toe te passen, doch ziet deze vraag reeds door de wetgever bevestigend beantwoord. Vanzelfsprekend zal de rechter de wetgever hierin als bij ieder ander wetsartikel dienen te volgen, ook wanneer hij zelf wellicht een andere afweging zou hebben gemaakt.

De achtergrond van dergelijke geboden is veelal gelegen in overwegingen van *wetgevingsefficiency*. Wanneer een wetgever een aantal verwante gevallen in één regeling wil vatten, heeft hij daartoe in abstracto drie mogelijkheden: ofwel (a) deze situaties zonder meer opsommen, ofwel (b) enigerlei overkoepelende formulering kiezen en die vervolgens in wet of toelichting uitwerken, ofwel (c) één geval in de wet regelen en deze regeling op de verwante gevallen van overeenkomstige toepassing verklaren. De twee laatstbedoelde wegen zullen met name aan de orde komen als de eerste optie tot onoverzichtelijkheid en/of een te grote wijdlopiegheid aanleiding zou geven. Het alternatief der wettelijke uitleg (methode b) ligt voor de hand wanneer een goed hanteerbare samenvattende formule beschikbaar is⁶, de weg der analogie (methode c) dient zich aan waar de te regelen gevallen minder eenvoudig onder een gezamenlijke noemer kunnen worden gebracht.

Een fraai voorbeeld van een „tactische analogie” als sub c bedoeld treft men aan in artikel 6:210 (6.4.2.8) lid 1 NBW. De afdeling inzake onverschuldigde betaling is geheel afgestemd op het geval dat onverschuldigd een goed werd gegeven; genoemd artikel 6:210 (6.4.2.8) lid 1 bepaalt aansluitend dat de voorafgaande wetsartikelen van overeenkomstige toepassing zijn op de ongedaanmaking van prestaties die niet in het geven van een goed hebben bestaan. Elders in de wet komt men kortere varianten tegen: „Met

6. Een voorbeeld van deze strategie treft men aan in artikel 6:174 (6.3.2.7): het in lid 1 gehanteerde begrip „opstal” wordt in lid 3 uitgewerkt.

een echtgenoot wordt een andere levensgezel gelijkgesteld” (art. 3:46 (3.2.11a) lid 2). In wezen behoort tot deze rubriek ook een wettelijke uitlegregel als die van artikel 3:48 (3.2.11c). Het artikel begrijpt onder „schuldenaar” in de zin van de paulianabepalingen mede degene op wiens goed voor de schuld van een ander verhaal kan worden genomen. Zulk een begripsuitleg gaat de grenzen van een extensieve interpretatie te buiten: men geraakt op het terrein van de analogie⁷. Doch zoals gezegd⁸ bestaat tussen extensieve uitleg en analogie geen scherpe doch een vloeiende grens, zodat de wetgever zich in dezen een pragmatische opstelling kan veroorloven.

Wettelijke analogieregels van het hierbesproken type hebben een corrigerend karakter, nu de mede-betrokken situaties strikt genomen van meet af aan in de wettelijke regeling hadden dienen te worden opgenomen. De wetgever bespaart zich omslachtige(r) formuleringen door deze gevallen tijdelijk buiten haken te plaatsen, in de veilige wetenschap dat zij uiteindelijk door een analogiebepaling weer binnen haken zullen worden gebracht. In dit licht ligt het voor de hand dat deze analogieregels normaliter *ongeclausuleerd* zijn: zij zijn niet – zoals de in de volgende paragraaf te bespreken schakelbepalingen – van een „voor-zover-niet-clausule” voorzien⁹.

De analyse leidt tevens tot de slotsom, dat naarmate het door de wetgever in een efficiencybepaling geregelde geval voor de bewuste regeling in haar totaliteit wezenlijker is, de efficiencybepaling minder het karakter van een „echte” analogieregel draagt. Wordt immers een op voorhand onmisbare rubriek gevallen eerst later toegevoegd, dan mist deze toevoeging – inhoudelijk gezien – het aan het argumentum per analogiam verbonden grensverleggende karakter¹⁰. Zulk een efficiencybepaling verbreedt dan niet

7. Vgl. K. Larenz, *Methodenlehre* (1983), blz. 338-339. Inzake de uitleg van het begrip „partij” in artikel 3:56 (3.2.18b) zou, in ieder geval met betrekking tot het aldaar sub b bepaalde, een soortgelijke opmerking kunnen worden gemaakt.

8. Par. 1 in fine.

9. Althans niet van een ruime en open clausule als in paragraaf 4 bedoeld. Wel treft men een eenvoudig „tenzij de wet anders bepaalt” aan: zie artikel 3:98 (3.4.2.11) inzake de vestiging, overdracht en afstand van beperkte rechten.

10. Zie par. 1.

het terrein van een als zodanig reeds compleet te noemen wetsartikel, doch vormt veeleer met haar te eng geredigeerde basisartikel één onlosmakelijk geheel¹¹.

4. WETTELIJK GEBOD (II); SCHAKELBEPALINGEN

Interessanter is de tweede categorie wettelijke analogieregels: die der *schakelbepalingen*¹². In zulk een schakelbepaling verklaart de wetgever een aantal wettelijke regels – veelal een gehele titel of afdeling – van overeenkomstige¹³ toepassing op een terrein buiten het wetssystematisch aangewezen. Zo zijn de vermogensrechtelijke titels 3.2 (Rechtshandelingen), 3.3 (Volmacht) en 3.11 (Rechtsvorderingen) krachtens hun slotartikelen¹⁴ van overeenkomstige toepassing buiten het vermogensrecht, zijn diverse artikelen van titel 3.3 (Volmacht) volgens artikel 3:78 (3.3.16b) van overeenkomstige toepassing op vertegenwoordiging uit anderen hoofde dan volmacht, en zijn de eerste vier afdelingen van titel 6.5 (Overeenkomsten in het algemeen) krachtens artikel 6:216 (6.5.1.6) van overeen-

11. Vgl. K. Larenz, *Methodenlehre* (1983), blz. 339, die op basis van soortgelijke overwegingen aangeeft dat een in de vorm van een uitzondering gegoten bepaling niet altijd een werkelijke uitzondering bevat: de hoofdregel kan immers bewust te grof zijn opgesteld, zodat hoofdregel en uitzonderingsbepaling slechts als één onlosmakelijk geheel kunnen worden beschouwd.

12. Deze inmiddels ingeburgerde term is bij mijn weten afkomstig van P. Neleman, AA 29 (1980), blz. 514. A. S. Hartkamp, *Mon. Nieuw BW A-1*, blz. 24-26, betreft de term „schakelbepaling” op alle wettelijke analogieregels, dus ook op de in de vorige paragraaf besproken bepalingen. Uit het feit dat in dit opstel efficiencyregels (par. 4) en „echte” schakelbepalingen (par. 5) worden onderscheiden, leide men overigens niet af dat de grens daartussen scherp te trekken zou zijn: er bestaat een duidelijk overgangsgebied. Zie tevens noot 18.

13. Een uitzondering vormt artikel 3:15 (3.1.1.16), waarin een aantal „begripsbepalingen” rechtstreeks – dus niet bij wege van analogie – buiten het vermogensrecht toepasselijk wordt verklaard. De achtergrond van deze afwijking is vermoedelijk gelegen in de aard der bewuste artikelen: bij een begripsbepaling lijkt een analoge toepassing enigszins merkwaardig. Toch meen ik dat ook in artikel 3:15 beter de formulering „van overeenkomstige toepassing” had kunnen worden gekozen. Daarin zou tot uitdrukking zijn gebracht dat de hantering van een vermogensrechtelijk begrip – althans een vermogensrechtelijk ingevuld begrip – buiten het vermogensrecht logischerwijze steeds een indirect karakter zal blijven dragen.

14. Respectievelijk de artikelen 3:59 (3.2.21), 3:79 (3.3.16c) en 3:326 (3.11.21).

komstige toepassing op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen¹⁵.

Deze schakelbepalingen kenmerken zich door hun *geclausuleerde* karakter: zij besluiten met een tournure van het type „voor zover de aard van de rechtsbetrekking¹⁶ zich daartegen¹⁷ niet verzet”. De aanwezigheid van zulk een clausulering is geboden in verband met de structuurdoorbrekende aard van de schakelbepaling: er wordt een terrein opengesteld voor hetwelk de bewuste wetsartikelen in wezen niet zijn geschreven, en dat door de wetgever veelal niet in de volle breedte kan worden overzien¹⁸.

Dergelijke bepalingen dragen het karakter van een *beginselverklaring*. De rechter dient de wetgever hierin te volgen, maar heeft gezien de „voor-zover-niet-clausules” en de daarin vervatte vage criteria in iedere concrete casuspositie een groot te noemen beoordelingspeelruimte. Derhalve kan worden geconcludeerd, dat de verantwoordelijkheid voor een uiteindelijke analoge toepassing in dit type gevallen, op voet van gelijkheid, door wetgever en rechter wordt gedeeld¹⁹.

5. WETTELIJK VERBOD

Zoals de wet een analogie kan voorschrijven kan zij deze verbieden. In het privaatrecht²⁰ treft men slechts zelden een uitdrukkelijk analogieverbod aan, en zulks terecht, nu niet valt in te zien waarom de rechterlijke gedachtenvorming bij voorbaat obstakels op

15. Andere voorbeelden: art. 6:261 (6.5.4.1) lid 2, art. 6:279 (6.5.4.22) lid 1. Zie voor art. 3:15 (3.1.1.16) noot 13.

16. Of: „van de rechtshandeling”, „van de overeenkomst”, „van de bepaling(en)”.

17. I.e. tegen de (analoge) toepassing.

18. Deze achtergrond verklaart tevens, dat in artikel 3:78 (3.3.16b) met een aanzienlijk strakkere tournure is volstaan: „voor zover uit de wet niet anders voortvloeit”. Dit artikel somt immers een aantal concrete wetsbepalingen op, waarvan de wetgever – gelet op hun algemene karakter – wél kan overzien dat zij bij de vertegenwoordiging buiten volmacht steeds toepasselijk behoren te zijn (althans voor zover de wet niet anders meebrengt). Men betreedt hier overigens het grensgebied van schakel- en efficiëncybepalingen; vgl. noot 12, alsmede Mon. Nieuw BW A-1 (Hartkamp), blz. 25-26.

19. Vgl. Mon. Nieuw BW A-1 (Hartkamp), blz. 26.

20. In het strafrecht staat het analogieverbod van artikel 1 Sr juist als een algemeen beginsel voorop.

haar pad zou moeten vinden. De schrapping van een verbodsartikel als het oorspronkelijke 3.2.12²¹ – „Een door dwaling tot stand gekomen rechtshandeling is alleen vernietigbaar in de door de wet genoemde gevallen” – is dan ook stellig toe te juichen.

Een impliciet analogieverbod kan worden ontwaard in de artikelen waarin met woorden als „uitsluitend” of „slechts”²² wordt gewerkt, of waarin anderszins een limitatieve opsomming wordt gegeven. De wet verbiedt aldus de rechter in algemene zin om ook in andere situaties de litigieuze wetsregel toe te passen; zulk een verbod zal ook de analoge toepassing omsluiten. Dat een opsomming limitatief is kan blijken uit haar bewoordingen, maar evenzeer uit haar karakter. Zo zal een verbintenisrechtelijke opsomming in de regel enuntiatief zijn, doch zal een goederenrechtelijke opsomming in beginsel juist als limitatief moeten worden aangemerkt²³. Om deze reden wekt het enige verbazing, dat sommige schrijvers²⁴ zonder veel omhaal aanvaarden dat een goederenrechtelijk artikel als 3:112 (3.5.6), dat de wijzen van bezitsverkrijging opsomt, zich voor analoge toepassing leent²⁵.

Voor de goede orde zij opgemerkt, dat zelfs een uitdrukkelijk analogieverbod de rechter die een overeenkomstige toepassing zou prefereren niet steeds volledig machteloos laat. Op terreinen waar de beperkende werking van *redelijkheid en billijkheid* is doorgedrongen – en dat zijn er zo langzamerhand zeer vele²⁶ – kan de

21. Zie Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 221.

22. Zie bijv. art. 3:76 (3.3.16) lid 1: „slechts”.

23. In dezelfde zin A. S. Hartkamp, *Compendium* (1988), nr. 32.

24. F. H. J. Mijnsen, WPNR 5654 (1983), blz. 347; A. S. Hartkamp, *Compendium* (1988), nr. 113.

25. Het feit dat ook de minister meent dat het artikel „niet strikt limitatief” is (MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 433), is m.i. niet doorslaggevend; vergelijk het in par. 8 opgemerkte. De analoge toepassing van artikel 3:112 (3.5.6) geschiedt teneinde te bewerkstelligen dat ook verschaffing van de feitelijke macht door een houder bezitsverkrijging zal opleveren. Doch een analogie is daartoe niet noodzakelijk: in bedoeld geval kan immers worden aangenomen dat de ontvanger door inbezitneming het bezit verkrijgt. Zie nader Hijma/Olthof, *Compendium NBW* (1988), nrs. 126 en 175.

26. Niet alleen het gehele verbintnissen- en overeenkomstenrecht (art. 6:2 en 6:248 (6.1.1.2 en 6.5.3.1)), maar ook het terrein der andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen dan overeenkomsten (art. 6:216 (6.5.1.6)), de verhouding tussen deelgenoten (art. 3:166 (3.7.1.1) lid 3) en die tussen medeschuldenaren (art. 6:8 (6.1.2.2a)).

rechtstoepasser altijd nog langs die weg tot de door hem voorgestane uitkomst geraken; redelijkheid en billijkheid zullen in het concrete geval aan het analogieverbod c.q. het limitatieve karakter der opsomming kunnen derogeren. Vanzelfsprekend is daartoe dan wel vereist dat aan de zware toets van artikel 6:2 (6.1.1.2) is voldaan: de zich in beginsel aandienende oplossing moet in het licht van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen worden genoemd.

6. WETTELIJK ZWIJGEN (I); NALATIGHEID

Als een bepaalde casuspositie niet onder een wettelijke regeling te brengen is en de wet zich evenmin uitlaat over de vraag of de regeling inzake een verwant geval analoog mag of moet worden toegepast, kan een „wettelijk zwijgen” worden geconstateerd. Zulk een zwijgen kan verschillende achtergronden hebben.

In de eerste plaats is het denkbaar dat sprake is van een „bedrijfsongeval”: de wetgever had *naar objectieve maatstaven* een bepaalde situatie in de wettelijke regeling dienen te betrekken, doch heeft dit om onnaspeurlijke redenen nagelaten. De rechter die – de wet en haar systeem tot leidraad kiezend – langs de weg van een analogieredenering deze plooi in de wet gladstrijkt, weet zich door de vermoedelijke wil van de wetgever gesteund.

Dergelijke gevallen zijn zeldzaam. Gewezen kan worden op artikel 6:208 (6.4.2.6a). Dit artikel geeft de regel dat degene die onverschuldigd heeft betaald aan de op hem rustende vergoedingsverplichtingen kan ontkomen door afstand te doen van zijn recht op terugvordering, en het betaalde voor zover nodig aan de ontvanger over te dragen. Het artikel eindigt met de zin: „De ontvanger is verplicht aan een zodanige overdracht mede te werken”. Deze slotzin is van nut, nu de overdracht en tweezijdige rechtshandeling impliceert en de ontvanger anders door zijn medewerking te onthouden die overdracht zou kunnen frustreren. Maar hoewel de wet daaraan geen aandacht wijdt²⁷, zou hetzelfde voor de *afstand* van het terugvorderingsrecht dienen te gelden. Krach-

27. Vermoedelijk is het probleem ontstaan doordat het artikel is geënt op het goederenrechtelijke artikel 3:122 (3.5.15a), hetwelk slechts op de overdracht betrekking heeft. Vgl. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 815.

tens artikel 6:160 (6.2.4.14a) is daartoe immers eveneens een tweezijdige rechtshandeling noodzakelijk, die evenzeer door de ander kan worden gefrustreerd. Werkt de ontvanger niet aan de afstand mede, dan zal op artikel 6:208 (6.4.2.6a) m.i. gevoeglijk ook, maar dan per analogiam, een verplichting tot medewerken aan de rechtsafstand kunnen worden gebaseerd.

7. WETTELIJK ZWIJGEN (II); VOORZICHTIGHEID

Het gegeven dat een wetsartikel geval A wel regelt maar het verwante geval B niet, is vaker te herleiden tot het gevoelen van de wetgever dat toepassing van de bewuste regel op geval B weliswaar denkbaar is, maar niet dermate voor de hand ligt dat dit tweede geval wettelijk binnen de poorten van het artikel zou moeten worden gebracht. In deze constellatie kiest de wetgever *uit voorzichtigheid* de meer strikte formulering, in het vertrouwen dat de rechter zich waar nodig van het argumentum per analogiam zal weten te bedienen.

Herhaaldelijk komt in de toelichtende stukken een uitdrukkelijke verwijzing naar een mogelijke rechterlijke analogieredenering voor. Te noemen zijn bijvoorbeeld de ministeriële beschouwingen met betrekking tot dwaling bij eenzijdige rechtshandelingen²⁸, de overwegingen inzake de toepassing van de niet in artikel 3:78 (3.3.16b) opgesomde volmachtregels bij vertegenwoordiging uit anderen hoofde dan volmacht²⁹, en de opmerkingen in de Toelichting omtrent de toepassing van eigendomsregels ten aanzien van gebruikers-niet-eigenaars³⁰.

In feite weerspiegelt deze situatie de normale taakverdeling tussen wetgever en rechter: de wetgever regelt de „zekere” gevallen, en laat het aan de rechter over om te bezien of in een beledende situatie dezelfde regel (analoog) dient te worden toegepast.

28. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 222.

29. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 304: „Of overeenkomstige toepassing (. . .) in aanmerking komt, wordt aan wetenschap en rechtspraak overgelaten. Uitgesloten wordt zij niet”.

30. TM, Parl. Gesch. Boek 5 NBW, blz. 4, punt 9.

8. WETTELIJK ZWIJGEN (III); „GEKWALIFICEERD ZWIJGEN”

Maar het zwijgen van de wet over geval B kan ook een andere achtergrond hebben, namelijk deze, dat de wetgever van mening is dat de door hem gegeven regel in geval B *juist niet* behoort te gelden. Het wettelijk stilzwijgen is dan veelbetekenend; het is een beladen zwijgen, of – met een in de Duitstalige literatuur wel gebruyzde term – een *gekwalificeerd zwijgen* (qualifiziertes Schweigen)³¹. Of de wetgever gewoon (analogie-neutraal)³² of gekwalificeerd (analogie-negatief) zwijgt is veelal slechts uit te maken aan de hand van een bestudering van de parlementaire geschiedenis. Daarin komen verscheidene passages voor waarin de minister een door hem gekozen begrenzing tot geval A verdedigt met de stelling dat geval B op de keper beschouwd dermate anders ligt, dat voor toepassing van de bewuste wettelijke regeling in dat geval geen ruimte bestaat. In feite beveelt hij aldus het argumentum *a contrario* aan, met verwerping van het argumentum *per analogiam*.

Zulk een situatie is bijvoorbeeld aan de orde bij artikel 3:54 (3.2.17c)³³. Deze bepaling maakt het mogelijk dat een onder invloed van misbruik van omstandigheden tot stand gekomen meerzijdige rechtshandeling niet wordt vernietigd, maar met een buitengerechtigd (lid 1) of in rechte (lid 2) gewijzigde inhoud voortbestaat. In het overeenkomstenrecht is voor de dwaling een vrijwel identieke regeling opgenomen (art. 6:230 (6.5.2.12a)). Schoordijk³⁴ bestrijdt deze begrenzing, en verdedigt dat de mogelijkheid tot aanpassing der vernietigbare rechtshandeling tot de beide resterende wilsgebreken (bedreiging en bedrog) zou moeten worden uitgebreid. Maar de minister³⁵ staat onomwonden op het tegenover-

31. Tuor/Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (1986), blz. 38.

32. Zie par. 7.

33. En zelfs in tweërlei opzicht. Naast de in de tekst besproken vraag (toepassing op bedreiging en bedrog?) kan tevens de vraag worden opgeworpen of de bepaling analoog kan en mag worden toegepast ten aanzien van een van rechtswege intredende nietigheid. Nadat de minister zich aanvankelijk principieel daartegen had uitgesproken (Eindverslag I, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 240-241), heeft hij recentelijk aangegeven zulk een analogie niet uitgesloten te achten: MvA I, EK 17496(a), nr. 45, blz. 11.

34. H. C. F. Schoordijk, WPNR 5737 (1985), blz. 306-307; dezelfde, Vermogensrecht in het algemeen (1986), blz. 182-183. Aldus ook Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen (diss. Leiden 1988), blz. 189-190.

35. Eindverslag I, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 240; MvA II, Parl. Gesch. Boek

gestelde standpunt: zijns inziens moet niemand gedwongen kunnen worden om aan een bedrieger of bedreiger gebonden te blijven, ook al is het nadeel door contractsaanpassing opgeheven. En de vraag rijst: mag de rechter ondanks deze uitdrukkelijke standpuntbepaling artikel 3:54 (misbruik van omstandigheden) en/of artikel 6:230 (dwaling) analoog toepassen op een casuspositie waarin bedreiging of bedrog aan de orde is?

Aan *de wet* is de rechter stellig gebonden. En men kan de vraag opwerpen of een wet die een regeling geeft voor dwaling en misbruik van omstandigheden en die daarbij de beide overige wilsgebreken opvallend negeert, wellicht aldus reeds *zelf* aangeeft dat die regeling op bedreiging en bedrog niet analoog mag worden toegepast. Maar op deze vraag past slechts een ontkennend antwoord. Mede gezien het feit dat men naar Nieuw BW met redeneringen *a contrario* in het algemeen de grootste voorzichtigheid dient te betrachten³⁶, moet worden vastgesteld dat niet reeds bij lezing van de wet, maar eerst bij kennisneming van de *toelichting* blijkt dat in casu geen (analogie-neutraal) „zwijgen uit voorzichtigheid”, doch een (analogie-negatief) „gekwalificeerd zwijgen” aan de orde is. De stelling dat men bij een analogie tegen de wet *zélf* zou ingaan is derhalve niet houdbaar.

Maar ook na deze constatering ligt nog het gegeven ter tafel dat de minister zich gedurende het wetgevingsproces tégen een uitbreiding tot bedrog en bedreiging heeft uitgesproken, in termen die duidelijk maken dat een analoge toepassing op die wilsgebreken zich met zijn opvatting niet zou verdragen. Is zulk een standpuntbepaling dwingend? Ik zou menen van niet. Reeds Scholten³⁷ heeft beklemtoond dat de rechter wel gebonden is aan de wet zelf, maar niet aan de toelichtende stukken³⁸. Voor vragen als hier

6 NBW, blz. 914; Nota n.a.v. Eindverslag IW, TK 17496, nr. 15, blz. 9.

36. C. H. F. Polak, ministeriële rede, NJB, bijzonder nummer januari 1970, blz. 9; A. S. Hartkamp, *Compendium* (1988), nr. 28.

37. Asser-Scholten, *Algemeen Deel* (1974), blz. 42.

38. In dezelfde zin G. H. A. Schut, *RMTh* 1987, blz. 267-268; dezelfde, *RMTh* 1988, blz. 358. Zie inzake de betrekkelijke waarde der wetshistorie ook J. B. M. Vranken, *Kritiek en methode in de rechtsvinding* (diss. Nijmegen 1978), blz. 265-270; K. Larenz, *Methodenlehre* (1983), blz. 315; Bundesverfassungsgericht 11 juni 1980, BVerfGE 54 (1981), blz. 297-298. De minister heeft recentelijk zijn zienswijze omtrent de hantering der wetsgeschiedenis uiteenge-

bedoeld zou men de minister m.i. het beste kunnen beschouwen als een *preadviseur*³⁹, wiens opinie in verband met zijn deskundigheid en overzicht weliswaar van groot gewicht zal zijn, doch wiens suggesties evenals die van een andere preadviseur ter zijde kunnen worden gesteld.

Voor de rechterlijke werkzaamheid betekent dit tweeërlei. In de eerste plaats, dat een simpel terugvallen op de minister niet een legitimerende verwijzing naar de wet inhoudt, doch slechts een – strikt genomen als redeneerfout te kwalificeren – „autoriteitsargument” te zien geeft⁴⁰. De rechter dient steeds een materiële argumentatie te hanteren, waarbij hij vanzelfsprekend wel de *argumenten* van de minister tot de zijne kan maken. En in de tweede plaats leidt het vorenstaande tot de conclusie, dat het de rechter ten volle vrijstaat het *inhoudelijke debat* met de minister aan te gaan. Toont hij zich door de preadviseur niet overtuigd en bestaan zijns inziens voor de tegengestelde opvatting sterkere argumenten, dan redeneert hij geenszins contra legem, doch slechts „contra consultorem”. En daartegen kunnen geen wezenlijke bezwaren worden ingebracht. Integendeel. In het belang van de rechtsontwikkeling verdient het aanbeveling, dat de rechter zich – ook al wordt hem door de toelichtende stukken een pasklaar preadvies aangereikt – niet te volgzzaam opstelt, doch de hem voorgelegde oplossingen kritisch op hun materiële merites blijft toetsen. Waar legisme geen aanmoediging verdient, verdient „consultorisme” dat stellig nog minder⁴¹.

9. BESLUIT

De *wetgever* toont zich van de mogelijkheden van het argumentum per analogiam terdege bewust. Het Nieuw BW bevat diverse relevante bepalingen: sommige schrijven een analogie voor (par. 3

zet in MvA I, EK 17496(a), nr. 45, blz. 1-5.

39. J. B. M. Vranken, o.c., blz. 268, spreekt van „op zijn best een eerste kommentator”.

40. „X zegt het, dus is het zo”.

41. De minister is overigens herhaaldelijk van een eerder ingenomen standpunt teruggekomen: zie bijv. de in noot 33 beschreven ontwikkeling rond de analoge toepassing van de artikelen 3:53 en 3:54 (3.2.17b en 3.2.17c) op van rechtswege ingetreden nietigheid.

en 4), andere wijzen haar juist van de hand (par. 5). Wet en wetgever blijken bovendien op verschillende manieren te zwijgen: per abuis (par. 6), voorzichtig (par. 7) en „gekwalficeerd” (par. 8).

Uit het betoog moge blijken, dat op het terrein van de analogie voor de *rechter* een uiterst belangrijke taak blijft weggelegd. Enerzijds neemt de wetgever alleen bij een ongeclausuleerd wettelijk gebod de verantwoordelijkheid voor de analoge toepassing van de rechter over (par. 3), terwijl hij anderzijds slechts door een werkelijk wettelijk verbod de rechter in diens rechtsvormende mogelijkheden vermag te remmen (par. 5).

De nieuwe kantongerechtsprocedure; zelf procederen in 1992 gemakkelijker?

*P. A. M. Meijknecht**

1. INLEIDING

De Tweede Titel van het Eerste Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Bijzondere bepalingen betreffende de wijze van procederen voor den kanton-regter, artikelen 97a-125v) kent verrassend genoeg, en anders dan het opschrift suggereert, in het geheel geen afzonderlijke regeling van de procedure voor de civiele zaken die het meeste voorkomen: de vorderingen die niet meer belopen dan f 5000 en waarvan ingevolge artikel 38 RO de kantonrechter kennisneemt, hieronder gemakshalve aan te duiden als „kleine zaken”. Deze zaken verlopen in wezen volgens de bepalingen die geschreven zijn voor de rechtbankprocedure, waarvan de meeste ingevolge artikel 125 Rv formeel van toepassing zijn op kantongerechtszaken, overigens wel met de belangrijke, in dat artikel eveneens vermelde restrictie dat proceshandelingen in beginsel ook „bij mondelinge verklaring ter terechtzitting kunnen geschieden”. Daarnaast geeft de wet voor laatstgenoemde zaken enkele afwijkende regels in de artikelen 97a-124 Rv, waarvan de artikelen 101-120 echter bij de invoering van het nieuwe bewijsrecht in 1988¹ zijn komen te vervallen. Wanneer we daar ook nog de artikelen van aftrekken die op 1 januari 1992 bij de inwerking-treding van het nieuw BW² zullen vervallen, te weten de artikelen

* Prof. mr. P. A. M. Meijknecht is buitengewoon hoogleraar burgerlijk procesrecht aan de Rijksuniversiteit te Utrecht, raadsadviseur bij het Ministerie van Justitie (stafafdeling wetgeving privaatrecht) en voorzitter van de Geschillencommissie Bankzaken (Postbank).

1. Wet van 3 december 1987, Stb. 590, in werking getreden 1 april 1988.
2. Hier wordt bedoeld op het eerste gedeelte van de Invoeringswet: Wet van 7 mei 1986, Stb. 295, bevattende onder meer de wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

122-124, blijven er nog maar acht artikelen over. Daarvan handelen er drie over de relatieve bevoegdheid, twee over de personen die in rechte kunnen optreden en een over voorlopige voorzieningen. De twee dan nog resterende (de artikelen 100a en 121) hebben slechts marginale resp. geen praktische betekenis.

In de loop der tijden zijn aan de Tweede Titel wel diverse bepalingen toegevoegd voor de behandeling van specifieke categorieën van kantongerechtszaken, zoals arbeidszaken, huurkoopzaken, pachtzaken en zaken betreffende de betaling van geldvorderingen uit overeenkomst. Daarvan betreffen met name de arbeids- en de pachtzaken bepaald niet altijd „kleine zaken”. Het gaat in deze specifieke bepalingen overigens nauwelijks over het procesverloop, maar vooral over de rechtsingang (verzoekschrift in plaats van dagvaarding) en wederom over de relatieve competentie. De regeling van betalingsbevelprocedure ten slotte houdt al op wanneer de procedure pas interessant wordt, namelijk op het moment dat verweer wordt gevoerd.

Het ontbreken van een behoorlijke, zelfstandige, min of meer afgeronde regeling voor de behandeling van kleine zaken heeft in het verleden al vaker tot kritiek aanleiding gegeven. Zo is in 1952 een wetsontwerp ingediend tot integrale herziening van de civiele kantongerechtsprocedure³, dat evenwel in 1963 is ingetrokken. De kritiek was daarmee echter niet verdwenen. In de jaren zeventig spitste deze zich toe op de tekortschietende regeling voor de behandeling van consumentenklachten. In die jaren werden voor het eerst geschillencommissies opgericht die in consumentenzaken uitspraak deden (en dat ook nu nog doen) op basis van bindend advies of soms ook arbitrage. Daarnaast wilde men ook verbetering in de regeling van de overheidsrechtspraak voor deze zaken. De op de rechtbankprocedure geënte gang van zaken bij de kantonrechter vond men voor kleine zaken te ingewikkeld, te duur en te langdurig. Onder andere de SER en de Stichting Konsumenten Kontakt bepleitten om die redenen een afzonderlijke, vereenvoudigde kantongerechtsprocedure voor consumentenzaken.⁴ Ook in het

3. Wetsontwerp nr. 2395.

4. Adviezen van resp. 1975 en 1978.

preadvies van Wackie Eysten voor de Nederlandse orde van Advocaten⁵ werd een aparte consumentenprocedure bepleit.

In deze discussie nam het Ministerie van Justitie, voor het eerst in een departementale nota van 1980, het standpunt in dat het, ter vermijding van verdere verbroekeling van het voor het kantonrecht geldende civiele procesrecht, geen aanbeveling verdient om een aparte procedure voor consumentengeschillen te ontwerpen, maar dat het de voorkeur verdient met een regeling te komen waarin een verbetering wordt nagestreefd voor in beginsel alle kleine civiele zaken. Een argument was ook dat niet goed viel in te zien waarom verbeteringen in het procesrecht, indien wenselijk, beperkt zouden moeten blijven tot consumenten, en niet eveneens zouden dienen te gelden voor particulieren die niet in de hoedanigheid van consument optreden (bijv. slachtoffers van een onrechtmatige daad), en ook voor bedrijven en voor niet-commerciële rechtspersonen. Buiten beschouwing wilde deze nota alleen de zaken laten waarvoor de in 1970 ingevoerde algemene regeling voor verzoekschriftprocedures (art. 429a ev Rv) geldt; deze vrij recente regeling gaf geen aanleiding tot klachten.

Na ontvangst van de reacties op de departementale nota is een voorontwerp van wet opgesteld waarover opnieuw de verschillende belangenorganisaties werden geraadpleegd. Vervolgens is een wetsontwerp opgesteld dat in mei 1987 bij de Tweede Kamer is ingediend: wetsvoorstel nr. 19 976 tot wijziging van de civiele kantongerechtsprocedure. Onlangs is een belangrijke mijlpaal bereikt. Op 5 april 1990 heeft de Tweede Kamer dit wetsvoorstel met algemene stemmen aanvaard. Daarmee ligt zijn inhoud nu vast. Het lijkt gerechtvaardigd dat reeds nu, hangende de behandeling in de Eerste Kamer, aan de inhoud van dit wetsvoorstel aandacht wordt besteed.

2. IS MEN WEL IN STAAT ZELF TE PROCEDEREN?

In deze bijdrage wil ik de vraag bespreken in hoeverre de nieuwe regeling van wetsvoorstel nr. 19 976 een verbetering betekent voor diegenen die, om hen moverende redenen, zonder hulp van ande-

5. P. A. Wackie Eysten, Advocaat en consument, aspecten van de rechtspleging in consumentenzaken, september 1980.

ren hun zaak aan de kantonrechter willen voorleggen of zich willen verweren. Reeds het huidige procesrecht erkent deze mogelijkheid: er is geen verplichte procesvertegenwoordiging en in veel gevallen kan men de zaak aanbrengen door een verzoekschrift ter griffie in te dienen, dus zonder de tussenkomst van een gerechtsdeurwaarder. In het wetsvoorstel wordt die lijn verder doorgetrokken in die zin dat het in beginsel altijd mogelijk zal zijn zelf te kiezen of hulp van anderen zal worden ingeroepen. Daaruit blijkt dat de wet(sontwerp)gever het niet bij voorbaat uitgesloten acht dat mensen in staat zijn zelf te procederen en dat het verantwoord is, aan hen hier een keuze te bieden.

Daarover wordt niettemin nog steeds verschillend gedacht. Er zijn hier duidelijk twee „stromingen” te onderscheiden. Ik verwijs allereerst naar twee recente artikelen van mevrouw Ten Berg-Koolen, geschreven naar aanleiding van het onderhavige wetsontwerp.⁶ Mevrouw Ten Berg-Koolen constateert in het artikel van december 1989 met enige teleurstelling dat een specifieke consumentenprocedure niet tot stand is gekomen. Zij is voorstandster van een aparte verzoekschriftprocedure voor consumenten volgens de regels van de artikelen 429a e.v. Rv. Procederen zonder juridische bijstand blijft naar haar mening moeilijk. Toch bepleit zij dat de justitiabele altijd zelf moet kunnen kiezen of deze bij het aanhangig maken van de zaak een gerechtsdeurwaarder zal inschakelen of niet. Zoals gezegd zit ook het wetsvoorstel op dit spoor.

Een tegenovergestelde opvatting treft men aan in het recente commentaar van de Koninklijke Vereniging van Gerechtsdeurwaarders dat vlak voor de openbare behandeling is toegezonden aan de leden van de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer onder de titel „Het spoor bijster . . .”⁷. Hierin wordt een pleidooi gevoerd voor de dagvaarding door een gerechtsdeurwaarder in alle contentieuze civiele zaken die bij de kantonrechter worden aangebracht. De deurwaarders menen dat juist tevél wordt tegemoetgekomen aan „veronderstelde ontwikkelingen” in het consumenten-

6. J. E. A. A. ten Berg Koolen, Eindelijk een rechtsgang voor consumentenklachten? NJB 1087, blz. 1413 e.v., en: Civiele Kantongerechtsprocedure, Het drastisch gewijzigde wetsontwerp, NJB 1989, blz. 1578 e.v.

7. Dit commentaar is opgenomen in De Gerechtsdeurwaarder, aflevering januari 1990.

recht: „Niet gerelativeerde mode-trends zijn bepalend geweest. Als uiteindelijk gevolg ligt een onrijp en onvoldoende doordacht wetsontwerp op tafel. (. . .) Men is het spoor bijster geraakt.” En wanneer de minister zijn voorstel voor dagvaarding door middel van een formulier (zie hieronder nader) toelicht, wordt deze gedachte bestempeld als „een buitengewoon ernstige ontsporing die niet getuigt van respect voor de Tweede Kamerleden en juristen die zich met deze materie bezig houden”.

In dit verband moet ook de studie van mr E.M. Wesseling-van Gent Het civiele geding in de toekomst worden genoemd⁸. Uit dit onderzoek blijkt dat nagenoeg alle eisers in de kantongerechts-procedure worden vertegenwoordigd; bij de gedaagden ziet men deze vertegenwoordiging vooral in arbeidszaken en in iets mindere mate in de categorie onrechtmatige daad/diversen. Naar aanleiding van deze uitkomst kan men twee redeneringen volgen. Ofwel: het invoeren van verplichte rechtsbijstand voor eiser en, in bepaalde zaken, ook voor gedaagde sluit het beste aan op de bestaande situatie, ofwel: als men blijkbaar indien nodig zijn weg naar rechtsbijstandverleners ook zonder verplichting kan vinden, is er geen reden een dergelijke verplichting wettelijk voor te schrijven. Mevrouw Wesseling-van Gent stelt, in overeenstemming met de eerste redenering, voor in het geïntegreerde gerecht van eerste aanleg verplichte rechtsbijstand voor te schrijven voor alle eisers en voor gedaagden in arbeidszaken, vermogensrechtelijke zaken met een belang groter dan f 5000, zaken van onbepaalde waarde en niet-vermogensrechtelijke zaken indien de wet zulks bepaalt. Naar mijn mening ligt de tweede redenering meer voor de hand.

Pleidooien voor betere processuele voorzieningen voor doe-het-zelvers mogen niet worden vereenzelvigd met de roep om betere voorzieningen voor de beslechting van consumentengeschillen. Bij dat laatste gaat het ook om andere aspecten dan alleen het zelfdoen. Toch bestaat tussen deze twee verlangens veel verwantschap. Vijf jaar geleden stelde de Bijzondere Commissie voor de herziening van van Burgerlijk Wetboek van de Eerste Kamer in het voorlopig verslag over het toenmalige wetsvoorstel Invoeringswet

8. Diss. Groningen, Gouda Quint-Arnhem 1987, hoofdstuk III, blz. 57 e.v.

Boeken 3-6 Nieuw BW, eerste gedeelte⁹, dat de toenemende consumentenbescherming in het nieuwe BW (met name consumentenkoop en algemene voorwaarden, misleidende reclame, reisovereenkomst) nog geen weerklank had gevonden in het procesrecht. De bezwaren die de procedure voor de overheidsrechter oproept hebben, zo meende de Commissie, geleid tot een sterke toename van geschillencommissies. Het betoog van de Commissie mondde uit in de rethorische vraag of particuliere rechtspraak het antwoord is op de verhoogde consumentenbescherming van het nieuwe BW.

In zijn antwoord¹⁰ wees de toenmalige minister van justitie op twee wetsontwerpen: één tot regeling van de „zogenaamde comparitie van partijen na antwoord”¹¹; het andere was het – toen nog niet ingediende – onderhavige wetsontwerp tot wijziging van de civiele kantongerechtsprocedure. De minister sprak de verwachting uit dat consumenten van deze nieuwe regelingen zouden kunnen profiteren, maar dat het overigens niet in de bedoeling lag daarmee de omvang van het verschijnsel particuliere rechtspraak te beïnvloeden. Particuliere rechtspraak en overheidsrechtspraak houden elk hun eigen voordelen en ook hun bezwaren; zij voorzien beide in een behoefte. De verhoogde consumentenbescherming van het nieuwe BW zou, zo besloot de minister, daarin geen wezenlijke verandering kunnen of moeten brengen¹².

In deze bijdrage beperk ik mij niet tot het aspect van een verbeterde consumentenbescherming ook in het procesrecht. Zoals gezegd kan het bij kleine zaken ook gaan om anderen dan consumenten. De invalshoek van de consumentenbescherming acht ik te beperkt. Ik richt mij wel geheel op de overheidsrechtspraak en ga

9. Zie noot 2.

10. Memorie van Antwoord, Kamerstukken nr. 141a, blz. 5

11. Dit wetsvoorstel heeft inmiddels geleid tot de Wet van 25 oktober 1989, Stb. 483. Zie vooral het nieuwe artikel 141a Rv. Zie ook mijn bespreking van deze wet in *Bedrijfsjuridische Berichten* 1989, blz. 293 e.v.

12. Op deze discussie is nog teruggekomen in de schriftelijke voorbereiding van het thans besproken wetsvoorstel, memorie van antwoord Tweede Kamer blz. 6. De minister heeft er toen nog eens op gewezen dat de keuze voor de geschillencommissies, in het bijzonder die welke ressorteren onder de Stichting Geschillencommissies voor consumentenklachten, niet uitsluitend of in overwegende mate moet worden uitgelegd als een uitvloeisel van bezwaren tegen overheidsrechtspraak. Het gaat om niet geheel vergelijkbare zaken.

dus voorbij aan de vraag in hoeverre ook de door de Eerste Kamer eveneens genoemde particuliere rechtspraak in de behoefte aan een betere beslechting van consumentengeschillen voorziet of zou dienen te voorzien¹³. Maar mijn benadering is van feitelijke aard; de vraag of men er verstandig aan doet zelf te procederen, wil ik laten rusten. Die vraag valt, ook bij civiele kantongerechtszaken, naar mijn mening in zijn algemeenheid niet te beantwoorden. Ik constateer slechts dat de behoefte om zelf te procederen bestaat en dat de wetgever, en in meerdere mate nog het thans besproken wetsvoorstel, daarvoor voorzieningen treffen. De feitelijke vraag is dan, of het wetsvoorstel daarin is geslaagd, anders gezegd: of de daarin voorgestelde wijzigingen inderdaad een substantiële verbetering brengen in de positie van zelf-procedureers. Of zij daarvan ook gebruik zullen of dienen te maken, blijft buiten beschouwing. Dat zal de toekomst moeten leren.

3. ZELF PROCEDEREN ONDER DE NIEUWE REGELING

a. Harmonisering

De nieuwe procedure zal gaan gelden voor alle „contentieuze” kantongerechtszaken. Processuele verschillen tussen arbeidszaken, huurkoopzaken, pachtzaken en huurzaken verdwijnen; de betalingsbevelprocedure komt te vervallen. Ook de (talrijke) huurzaken welke thans nog verzoekschriftprocedure zijn worden onder de nieuwe regeling gebracht. Met dat laatste wordt, overigens op uitdrukkelijk verzoek van de Tweede Kamer, een verdere stap gezet op het pad van de harmonisatie: voor het gehele huurrecht zal slechts een type rechtsgang bestaan. Wel blijft (voorlopig?) voor één belangrijke categorie van arbeidszaken, namelijk zaken ex artikel 1639w BW (ontbinding van een arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen), de verzoekschriftprocedure gelden.

Het voorstel tot schrapping van de betalingsbevelprocedure vergt enige toelichting. Op deze procedure bestond, ook bij de deurwaarders, veel kritiek. De kritiek van de deurwaarders had uiteraard betrekking op het feit dat de gerechtsdeurwaarder aan deze procedure niet te pas komt: het inlichten van de wederpartij

13. Zie daarover in het bijzonder het artikel van mevrouw Ten Berg-Koolen genoemd in noot 6, Eindelijk een rechtsgang voor consumentenklachten?.

geschiedt per post (zie de art. 125k e.v.). Andere bezwaren zijn de beperkte reikwijdte (alleen geldvorderingen uit overeenkomst tot een bedrag van f 2500), de lange duur (vooral veroorzaakt door de vrij bewerkelijke administratieve afwikkeling), de relatief grote hieruit voortvloeiende werkbelasting voor de griffies en het feit dat het in wezen gaat om een doublure naast de normale verstekrolprocedure (rechterlijke toetsing volgens exact dezelfde criteria; vgl de artikelen 76, eerste lid, en 125o, eerste lid Rv). Aparte processuele faciliteiten voor geldvorderingen lijken wenselijk, maar zullen er naar mijn mening anders uit moeten zien dan de huidige betalingsbevelprocedure.¹⁴

Een van de redenen voor de voorgestelde harmonisering was dat eventuele verschillen tussen de genoemde zaken nog geen aanleiding behoeven te zijn tot processuele verschillen en zeker niet tot de thans bestaande processuele geschillen. Dergelijke verschillen zijn voor mensen die niet beroepshalve procederen, meestal moeilijk kenbaar en verwarringwekkend. Daarbij komt dat bijv. consumentenzaken niet scherp kunnen worden onderscheiden van, en ook gedeeltelijk samenvallen met huurzaken en huurkoopzaken. Men kan om deze redenen verdedigen dat de harmonisering waarover wij het hier hebben vooral voordelig is voor deze groep mensen.

b. Relatieve bevoegdheid; forum consumentis

Speciaal voor consumenten, voorzover zij als eiser optreden, wordt de mogelijkheid geopend om de wederpartij te dagvaarden voor de kantonrechter van hun woonplaats (artikel 98 lid 3 Rv nieuw).

14. In sommige arrondissementen hanteert men zoals bekend voor geldvorderingen het kort geding. Deze oplossing roept echter weer nieuwe vragen op. Lang niet alle presidenten willen eraan en er is dus rechtsongelijkheid. Zie bijv. Hof Den Haag 15 september 1989, KG 421, waarin een in kort geding ingestelde geldvordering werd afgewezen wegens het ontbreken van spoedeisendheid. Het hof verwerpt de stelling dat een vordering van f 152 000 „uiteraard” spoedeisend is. Daardoor dreigt een impasse te ontstaan. Ik wijs er in dit verband op dat bij recente wijzigingen van de Wet tarieven in burgerlijke zaken een steeds gedifferentieerder en steeds hoger oplopend griffierecht is ingevoerd dat ook van toepassing is op in kort geding ingestelde geldvorderingen. Zie over deze kwestie ook R. Ch.Verschuur in *Bedrijfsjuridische berichten* 1990, blz. 60-61.

Daarnaast blijft de hoofdregel gelden dat (tevens) de rechter van de woonplaats van de gedaagde bevoegd is. Dit facultatieve „forum consumentis” is ook te vinden in artikel 14 van het gewijzigde EEG-bevoegdheids- en executie verdrag. De regeling van artikel 98 lid 3 Rv nieuw is daaraan ontleend.

Het voorstel is met instemming begroet. In combinatie met het gehandhaafde dwingend-rechtelijke karakter van de bepalingen betreffende de relatieve bevoegdheid (artikel 100 Rv nieuw) wordt hiermee aan consumenten een garantie geboden dat zij in alle gevallen waarin zij een leverancier terzake van de gebrekkige nakoming van een transactie voor een kantonrechter willen dagvaarden, terecht kunnen bij de kantonrechter van hun woonplaats. Dat lijkt in het bijzonder van belang voor mensen die zelf en dus niet via een gemachtigde de procedure willen voeren.

c. Rechtsingang

In plaats van de nu geldende regeling dat de zaak in beginsel moet worden ingeleid door een dagvaarding die door een deurwaarder moet worden betekend, wordt in de artikelen 103 en 104 Rv nieuw aan de aanlegger een keuzemogelijkheid geboden: dagvaarding kan plaatsvinden hetzij via deurwaardersexploit, hetzij doordat de griffier een door de eiser ingevuld formulier per post (aangetekende brief) aan de gedaagde toezendt. Op deze nieuwe mogelijkheid bestaan slechts twee uitzonderingen. Men moet zich tot een deurwaarder wenden wanneer de gedaagde in Nederland geen bekende woonplaats heeft of wanneer men hem op verkorte termijn wil dagvaarden. Daarentegen is een in het regeringsvoorstel opgenomen beperking van de „formulier-dagvaarding” tot vorderingen tot f 2 500¹⁵ door de aanvaarding van een amendement van het CDA¹⁶ verdwenen. Het formulier zal worden vastgesteld door de Minister van Justitie en zal zijn voorzien van een toelichting. Het zal op ruime schaal en gratis verkrijgbaar worden gesteld.

Dit formulier met toelichting is bij uitstek geschikt, en is ook voorgesteld, om onervaren mensen op weg te helpen. Bij de

15. Zie het gewijzigd voorstel van wet van 14 maart 1989, kamerstukken nr. 8, artikel 104 Rv, eerste lid, onderdeel b.

16. Amendement op stuk nr. 17, ingediend door het lid Van de Camp.

behandeling in de Tweede Kamer heeft staatssecretaris Kosto toegezegd dat in de toelichting het procesverloop zal worden weergegeven. Waarschijnlijk van nog meer belang voor particulieren is dat ook is toegezegd dat door middel van het formulier aan de gedaagde informatie zal worden verstrekt over de wijze waarop verweer kan worden gevoerd. Let wel, hier is niet bedoeld op de inhoudelijke aspecten van het verweer, maar op de vorm: schriftelijk of mondeling, plaats, termijn.

d. Mondeling of schriftelijk antwoord

De gedaagde kan kiezen of hij op de in de dagvaarding aangeduide terechtzitting, die ten minste vier weken na de dagvaarding plaats vindt, mondeling verweer zal voeren, dan wel uiterlijk op die terechtzitting een schriftelijk verweerschrift zal indienen (artikel 105 Rv nieuw).

De mogelijkheid om te kiezen tussen mondeling en schriftelijk verweer bestaat ook nu (ingevolge art. 125 Rv). Een verschil is echter dat de gedaagde die geen zin of tijd heeft om zelf op de terechtzitting te verschijnen om mondeling verweer te voeren of om zijn verweerschrift te overhandigen, nu geen rolgemachtigde meer nodig heeft. Hij kan het stuk gewoon aan de griffie toesturen of het aldaar afgeven en krijgt vervolgens schriftelijk bericht van de verdere voortgang (art. 117 lid 3 en art. 118 lid 2). Hiermee wordt het dus voor gedaagden die geen gemachtigde willen inschakelen gemakkelijker gemaakt, om schriftelijk verweer te voeren.

e. Comparitie na antwoord

Nadat is geantwoord moet de kantonrechter binnen twee weken bepalen of hij in dat stadium van de procedure aan partijen zal bevelen, voor hem te verschijnen voor het geven van inlichtingen of voor het beproeven van een schikking. Dit is de hierboven al genoemde „comparitie na antwoord”; men zie het op 1 december 1989 in werking getreden nieuwe artikel 141a Rv¹⁷. Dit artikel 141a Rv. geldt tot nu toe alleen nog voor de rechtbankprocedure. In artikel 109 Rv van dit wetsontwerp wordt het evenwel ook van toepassing verklaard op de onderhavige kantongerechtsprocedure.

17. Zie noot 11.

De comparitie na antwoord is bij uitstek een procesrechtelijk instituut waarin de persoonlijke deelname aan en de betrokkenheid van partijen bij het geding wordt bevorderd. De basisfilosofie van die comparitie was en is dat het persoonlijk contact tussen de rechter en partijen bevorderlijk is voor de kwaliteit en het tempo van de geschillenbeslechting. Bij de rechtbankprocedure wordt op die wijze het gevolg van de verplichte procesvertegenwoordiging dat de rechter in beginsel slechts met advocaten communiceert, enigszins gemitigeerd. In de kantongerechtsprocedure bestaat geen *verplichte* procesvertegenwoordiging, maar ook daar zal deze versterking van de mogelijkheid tot rechtstreeks contact met partijen de afhankelijkheid van procesvertegenwoordigers enigszins doen afnemen.

f. Mogelijkheid om na de comparitie aanstonds vonnis te wijzen

Daarna kan de kantonrechter aanstonds vonnis wijzen; alleen als geen comparitie na antwoord is bevolen hebben partijen nog recht op het indienen van verdere schriftelijke toelichtingen (artikel 109 Rv nieuw).

Een civiele procedure kan voor partijen een grote psychische belasting vormen. Zij moet niet langer duren dan nodig is. Vanuit dat gezichtspunt kan de mogelijkheid om aanstonds na een comparitie een eindvonnis te wijzen, worden verwelkomd. In de praktijk zal moeten blijken hoe vaak kantonrechters van deze mogelijkheid om de zaak sneller af te doen, gebruik zullen maken. Op grond van mijn eigen ervaring als voorzitter van een geschillencommissie¹⁸ zou ik menen dat bij kleine zaken de feitelijke mogelijkheid om aanstonds na de mondelinge behandeling het eindvonnis te wijzen, eerder regel dan uitzondering zal zijn.

g. Minder lijdelijke kantonrechter

In elk stadium van het proces kan de kantonrechter volgens het wetsontwerp het initiatief nemen om aan partijen gerichte vragen te stellen of om hun te verzoeken bepaalde documenten over te leggen (artikel 110 Rv nieuw).

18. De Geschillencommissie voor Bankzaken, welke ressorteert onder de in noot 12 reeds genoemde Stichting Geschillencommissies voor Consumentenzaken.

Ook deze bepaling is in de eerste plaats opgenomen met het oog op zaken waarin partijen niet door een gemachtigde zijn vertegenwoordigd. Zij biedt de kantonrechter nog meer mogelijkheid zijn lijdelijkheid prijs te geven. Niet eens zozeer om zwakkere, minder ervaren partijen te helpen, maar meer om ervoor te zorgen dat de juiste vragen en de juiste informatie snel op tafel komen. De kantonrechters hebben zelf op deze ruimere bevoegdheid aangedrongen. Verwacht mag dan ook worden dat zij daarvan straks gebruik zullen maken.

h. Eenvoudigere afhandeling van incidenten

Voor de belangrijkste categorieën van processuele verwickelingen die zich kunnen voordoen, namelijk voor vrijwaring, wijziging van eis, voeging en tussenkomst, wordt niet meer teruggevallen op de – meer omslachtige – voorschriften die gelden voor de rechtbank-procedure, maar voorziet het ontwerp zelf in een eenvoudige regeling (artikelen 112-115 Rv nieuw). Op de inhoud van deze bepalingen ga ik nu niet in. Het volstaat hier, erop te wijzen dat deze bepalingen erop zijn gericht, het proces sneller te laten verlopen. Dat is zeker ook in het voordeel van mensen die zonder gemachtigde procederen.

i. Een kort geding bij de kantonrechter

In artikel 116 Rv nieuw wordt de mogelijkheid ingevoerd dat de kantonrechter in spoedeisende zaken een voorlopige voorziening treft. De hoofdzaak zelf kan dan desgewenst, anders dan nu, achterwege blijven. De regeling van artikel 116 Rv nieuw is vergelijkbaar met die van het kort geding voor de president van de rechtbank. De terminologie is steeds meer op die van het kort geding afgestemd. Voordeel is dat men nu ook in kantongerechtszaken, bijv. arbeidszaken, voor spoedvoorzieningen terecht kan bij de rechter die ook over de hoofdzaak moet oordelen, ook in een stadium dat die hoofdzaak nog niet aanhangig is. Er zijn wel enige verschillen met de uitspraak in kort geding. Het voornaamste verschil is dat tegen het vonnis waarbij de kantonrechter een voorlopige voorziening treft of een verzoek daartoe afwijst, geen hoger beroep kan worden ingesteld. Daarvoor in de plaats wordt aan degene tegen wie de voorlopige voorziening is gegeven, de gelegenheid geboden om binnen twee weken door het indienen van

een daartoe strekkende schriftelijke verklaring te laten weten dat hij zich met het vonnis niet kan verenigen. In dat geval vervalt de voorlopige voorziening uiterlijk op het tijdstip waarop het vonnis in de hoofdzaak in kracht van gewijsde gaat.

Het kort geding bij de kantonrechter richt zich niet specifiek of in het bijzonder tot partijen die het zonder gemachtigde willen stellen. Een feit is wel dat door deze regeling nu ook zonder procesvertegenwoordiger vooraf, en zelfs zonder opvolgende bodemprocedure, een voorlopige voorziening kan worden gevraagd in zaken waarin de kantonrechter bevoegd is. Nu moet men zich daarvoor nog via een procureur tot de president van de rechtbank wenden.

j. Vergoeding van verletkosten

Tenslotte noemen we de in artikel 57a Rv op te nemen mogelijkheid dat een tegenpartij in het kader van een proceskostenveroordeling ook wordt veroordeeld in de kosten welke voortvloeien uit het feit dat iemand zelf een terechtzitting heeft moeten bijwonen. Deze „verletkosten”, die in het bijzonder particulieren ervan kunnen weerhouden een zitting zelf bij te wonen, komen nu nog niet voor vergoeding in aanmerking.

4. SLOT

Zoals uit het bovenvermelde overzicht blijkt, houden vrijwel alle tien genoemde wijzigingsvoorstellen van het wetsontwerp expliciet of mede verband met de positie van partijen die het liever zelf proberen. De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat de mogelijkheid om dat te doen zal verbeteren. Nog resterende barrières zijn, wanneer we de moeilijkheidsgraad van het materiële recht buiten beschouwing laten, vooral van financiële aard: het griffierecht blijft juist voor de kleinste vorderingen relatief hoog en de kostenveroordeling vormt een aanzienlijk risico. Deze barrières worden echter niet vergroot, doch juist eerder verlaagd wanneer men ervoor kiest om zelf te procederen.

De basisfilosofie van het wetsvoorstel is niet dat aan het voeren van processen zonder deskundige bijstand de voorkeur moet worden gegeven. Het inschakelen van specialisten zoals deurwaarders, advocaten enz. wordt in geen enkel opzicht bemoeilijkt.

Vooraf met het oog op de problemen van materieelrechtelijke aard zal het dikwijls verstandig zijn zich tot een rechtsbijstandverlener te wenden. Waar het om gaat is, en dat zou men wellicht wel als de basisfilosofie (zij het niet de enige) kunnen beschouwen, dat het niet aangaat om in de zaken waarvan de kantonrechter kennis neemt, dus vaak kleine zaken, mensen tot het inschakelen van deze specialisten te *dwingen*. In het procesrecht moeten geen onnodige barrières worden opgeworpen, maar moeten de voorwaarden worden geschapen voor een goede rechtspleging. Indien het inschakelen van deskundigen daarbij nuttig is, zal en kan de justitiebeheer daarvan met argumenten worden overtuigd en moet hem dat ook (financieel) mogelijk worden gemaakt. Maar dwang is hierbij niet op zijn plaats. Voorzover mogelijk en redelijk moet de burger hier zelf in vrijheid kunnen beslissen. Die gedachte heeft in de Tweede Kamer brede ondersteuning ondervonden.

Randverschijnselen van de (on)rechtmatige overheidsdaad

*J. Spier**

INLEIDING

Wie in de Rechtspraak van de Week uitspraken waarin de Staat partij is leest, ziet in toenemende mate dat hij in cassatie – kort gezegd – in het ongelijk wordt gesteld. Dit verschijnsel lijkt zo opmerkelijk dat het boeiend zou zijn de oorzaken daarvan te onderzoeken. Voor een bijdrage als deze is dat een te ambitieus doel. Ik zal me beperken tot het maken van enkele kanttekeningen die – naar ik meen – met dit „probleem” verband houden.

Het zoëven aangestipte verschijnsel kan uiteraard vele oorzaken hebben. Zo is denkbaar dat de Staat (en meer in het algemeen de overheid) regelmatige onjuiste en met name ook onverdedigbare stellingen verdedigt; dat hij dan de kous op de kop krijgt is niet verwonderlijk. Zonder dat verder uit te werken spreek ik als mijn eigen mening uit dat deze verklaring in een aantal gevallen plausibel lijkt¹. Dat het hier niet om een nieuw fenomeen gaat kunnen we lezen bij van Vierssen Trip. Rechter Pluivinga verzucht: „ . . . dwaze actie, vind je niet? Voor een gewone cliënt zou Spewer nooit zo'n zwakke zaak op touw hebben gezet, maar als het Rijk eenmaal aan de gang gaat, is het gezond verstand van de baan”².

Wat er van het vorenstaande zij, een andere verklaring zou kunnen zijn dat de opvattingen over de toelaatbare grenzen van overheidsoptreden onduidelijk zijn. Daarvan uitgaande ligt het voor de hand te veronderstellen dat sprake is van een ontwikkeling die

* Prof. mr J. Spier is hoogleraar privaatrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant.

1. Vergelijk bijv. HR 26 januari 1990, RvdW 1990, 38 en 2 februari 1990, RvdW 1990, 45; zie nader mijn *Onrechtmatige overheidsdaad* (2e dr), blz. 46.
2. G. W. van Vierssen Trip, *de Gelaarsde Kat*, blz. 71.

de uitkomst van procedures moeilijk voorspelbaar maakt. Als dat zo is, is aannemelijk dat de grenzen van hetgeen als rechtmatig of onrechtmatig van de overheid wordt beschouwd aan het verschuiven zijn. Daarmee ben ik op het onderwerp voor dit opstel aangeland.

(POGING TOT) ARRESTATIE VAN GEVAARLIJKE BOEVEN

Een mooi aankopingspunt voor het schetsen van randverschijnselen vormt HR 26 januari 1990, RvdW 1990, 38, mede gelet op de boeiende conclusie van de waarnemend AG Bloembergen.

Wat was er aan de hand? In januari 1983 drong een groot aantal politieambtenaren de woning van B binnen; daarbij werd – kennelijk aanzienlijke – schade aangericht. B werd ervan verdacht een of meer ontvoerders van mevrouw van der Valk en een deel van het losgeld te verbergen. Tevens werd hij verdacht van brandstichting. De verdenkingen bleken ongegrond. De staat geeft „ . . . hoewel . . . daartoe rechtens niet gehouden” V een „tegemeetkoming” van f. 11.500,-³. B meent evenwel recht te hebben op vergoeding van de volledige schade. Daartoe aangesproken voert de Staat verweer. De wat ruwe arrestatie was gerechtvaardigd door de ernstige verdenkingen. Beleefd aanbellen zou – het valt te begrijpen – onder die omstandigheden minder geëigend zijn geweest. Het betoog van de Staat vindt in drie instanties weinig gehoor. Verwonderlijk is dat niet. Het gaat niet aan B met zijn schade te laten zitten. Dat zou kwetsend zijn voor het rechtsgevoel. Daarmee is nog niet gezegd dat de vordering van B eenvoudig kan worden toegewezen. Daarvoor is ten minste een juridische kunstgreep nodig. Ik wil hierna de verschillende mogelijkheden „doorlopen”.

VOORTSE STROOM VII (-VARIANT)

Gelijk bekend is de klassieke methode om schadevergoeding toe te kennen in schrijnende gevallen waar de onrechtmatigheid problematisch ligt de Voortse Stroom VII-constructie: het is onrechtmatig de gewraakte handeling te verrichten zonder dat schadevergoeding

3. Conclusie AG sub 3.1.

wordt betaald⁴. Deze benadering heeft iets trucmatigs; daarop is al door velen gewezen⁵. Bloembergen verwoordt het beeldend: „Waarom moet er nu eigenlijk schadevergoeding worden betaald? Op de keper beschouwd (mede) omdat er geen schadevergoeding wordt betaald. Maar dat kan toch moeilijk een grond voor het betalen van schadevergoeding zijn. Deze logische zwakte kan er in de praktijk toe leiden dat de rechter de leer gaat gebruiken om vergoeding toe te kennen als hem dat redelijk voorkomt.” Het zal niet verbazen dat hij deze benadering afwijst⁶.

Ik plaats hierbij drie kanttekeningen. Bloembergen heeft gelijk dat de benadering „logisch zwak” is. Maar is dat een groot bezwaar? Gaat het er niet veeleer om dat zij bewerkstelligt recht te doen aan schrijnende gevallen? Wat belangrijker is: is de redenering wel zo zwak? Daarop valt zeker iets af te dingen. Op de grens van het onrechtmatige is het *steeds* moeilijk om overtuigend te motiveren waarom de „laedens” moet betalen. De norm die aldus moet worden geformuleerd is niet zelden gekunsteld. Ik werk dat hieronder verder uit. Hoe lastig deze problematiek is ondervond recentelijk het Haagse hof. Na te hebben overwogen (r.o.v. 7) dat de stelling dat „nimmer” sprake zou kunnen zijn van schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad onjuist is, vervolgt het Hof (r.o.v. 8) „voor het oordeel . . . over de vraag, of i.c. de gemeente onrechtmatig handelt . . .”. Het Hof raakt blijkbaar verstrikt in het net van het grensgebied⁷. Dat is weliswaar onjuist, het is enigszins te begrijpen. Want juist op dat breukvlak wringt er iets. Ook daarop kom ik terug.

De Voortse Stroom VII-benadering werd hiervoor kort geschetst. Onderdeel daarvan was dat betaling een rechtvaardigingsgrond was; nadien kon geen verbod meer worden gevorderd. Het NBW kiest een andere benadering (art. 6:168). De gedraging blijft onrechtmatig, maar een verbod kan (onder omstandigheden) worden afgewezen. Aangenomen werd dat de rechtspraak op deze bepaling anticipeerde⁸; Bloembergen plaatst daarbij een vraagteken⁹. Ik volsta ermee dat aan te stippen.

Voortse Stroom VII werd nodig geoordeeld om te voorkomen dat een verbod zou moeten worden toegewezen in gevallen waarin

4. HR 19 december 1952, NJ 1953, 642 PhANH.

5. Zie nader Onrechtmatige overheidsdaad nr. 25.

6. Conclusie sub 2.2.

7. Hof 's-Gravenhage 23 maart 1989, NJ 1990, 151.

8. HR 3 april 1987, NJ 1987, 803 en HR 23 september 1988, NJ 1989, 743, AA 1989, 874.

9. Conclusie onder 2.3; zie ook de noot van van der Grinten, NJ 1987, 703.

dat – kort gezegd – maatschappelijk niet aanging. *Die* benadering is onder het NBW en de recente rechtspraak dus niet meer nodig. Maar daarmee is zij voor het overige nog niet uitgebannen. Algemeen wordt (immers) aanvaard dat zij schadevergoeding mogelijk maakt bij daden ten aanzien waarvan het moeilijk valt te zeggen dat zij *onrechtmatig* (want onzorgvuldig) zijn. Na HR 3 april 1987, NT 1987, 703 G moet (wellicht) worden aangenomen dat het *enkele* niet betalen van schadevergoeding geen onrechtmatigheid constitueert. Een materiële verandering brengt dat niet mee. Hooguit zal de rechter zijn motivering moeten aanpassen: het gelaakte handelen is onrechtmatig/onzorgvuldig. Sprake is dan slechts van een ander etiket.

DE GRENS DER ONRECHTMATIGHEID

Het denken over de vraag wanneer aansprakelijkheid zou moeten bestaan is aan het veranderen. Weliswaar geldt nog steeds het beginsel dat ieder eigen schade moet dragen, meer en meer wordt daarop uitzondering gemaakt¹⁰. Bescherming van zwakkeren, tegen gevaren etc. doen in toenemende mate van zich spreken¹¹. Onder komend recht wordt niet alleen het aantal in de wet verankerde risico-aansprakelijkheden uitgebreid, een „kapstok-bepaling” om schuld te vervangen door risico wordt geïntroduceerd (art. 6:162 lid 3). Weliswaar maant de wetgever tot terughoudendheid bij zijn toepassing, aangenomen mag worden dat deze bepaling geen dode letter zal blijven¹².

Intrigerend en waar het de consequenties betreft onvoorspelbaar is bedoeld art. 6:162 lid 3 NBW. Eerder heb ik trachten aan te tonen dat het artikel ondoordacht is¹³. Het niet langer vereist zijn van „schuld” heeft alleen dan serieuze betekenis wanneer dat begrip (mede) onrechtmatigheid (onzorgvuldigheid) inhoudt. Schuld in „enge zin” heeft immers weinig betekenis; zij ontbreekt zelden.

10. Asser-Hartkamp III, nr. 12 e.v.

11. Zie bijv. C. C. van Dam, Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid, hoofdstukken II en III, en J. B. M. Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, blz. 152 e.v. en A. S. Hartkamp, Mon. Nieuw BW A-1, blz. 55.

12. Zie Asser-Hartkamp III, nr. 91/2.

13. Kwartaalbericht Nieuw BW 1987, blz. 98 e.v.

En los daarvan: het is – zeer kort gezegd – (logisch) niet goed denkbaar dat een daad wel onzorgvuldig is maar dat deze een „normale dader” niet zou zijn te verwijten.

Wanneer we hieruit – enigszins à la barbe van de tekst en toelichting – de conclusie trekken dat onder komend recht aansprakelijkheid mogelijk is voor daden die *niet onrechtmatig* zijn springt het belang voor het bovenstaande in het oog. Iure constituendo is dan aansprakelijkheid uit rechtmatige daad mogelijk. Het hanteren van gewrongen constructies waarin met veel moeite wordt aangegeven (zoal) waarom sprake is van *onrechtmatig* handelen is dan niet meer nodig.

EEN DOGMATISCH INTERMEZZO

Terzijde merk ik in dit verband op dat met het bovenstaande partij wordt gekozen in de dogmatische discussie van Nieuwenhuis met Drion en Meijers over de vraag wat moet worden verstaan onder risico-aansprakelijkheid. Meijers meende dat onrechtmatigheid een element bleef, J. Drion ontkende dat. Nieuwenhuis kiest een originele tussenpositie. Hij verdedigt dat niet alleen daden maar ook „toestanden” onrechtmatig kunnen zijn¹⁴. Of Nieuwenhuis’ benadering het probleem echt oplost – zoals hij blijkbaar meent – acht ik kwestieus. Er zijn zeker voorbeelden te bedenken waarin ook de „toestand” niet onrechtmatig is; dat geldt vooral als deze is veroorzaakt door van buiten komende oorzaken waarop de „laedens” geen enkele invloed uit *kon* oefenen.

Hoe dat zij, uit het voorafgaande moge volgen dat ik op de lijn van Drion zit. De conclusie lijkt dan te zijn dat risico-aansprakelijkheid niet anders is dan aansprakelijkheid voor rechtmatige daad¹⁵.

Deze conclusie moet in enkele opzichten worden genuanceerd. Vooreerst kan het zo zijn dat – in zeer specieuze gevallen – slechts schuld in enge zin ontbreekt. Naar geldend recht is dat bijvoorbeeld het geval bij zeer jeugdige kinderen of geestelijk gestoorde¹⁶. Naar NBW verandert dat, zoals bekend. Kinderen beneden

14. J. H. Nieuwenhuis, R.M. Themis 1990, blz. 98 e.v.

15. Vergelijk P. Wattel, NJB 1990, blz. 173.

16. Zie bijv. HR 9 december 1960, NJ 1963, 1 DJV en HR 9 december 1966, NJ

de veertien jaar zijn niet meer aansprakelijk (art. 6:164) en geestelijk of lichamelijk gehandicapt wel (voor als een doen te beschouwen gedraging) (art. 6:165). Doch ook onder de vigueur van het NBW is niet ondenkbaar dat sprake kan zijn van schuld in enge zin die ontbreekt terwijl de daad wel onrechtmatig is. Voor bespreking van gevallen waaraan daarbij gedacht zou kunnen worden zij verwezen naar Asser-Hartkamp¹⁷.

Mijn betoog was gebaseerd op onrechtmatig handelen, te weten handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De conclusie geldt niet per se voor inbreuk op een recht of handelen in strijd met een wettelijke plicht. Voor diegenen die de leer Smits¹⁸ aanhangen (hetgeen ik doe) is duidelijk dat ten aanzien van deze onrechtmatigheidscategorieën hetzelfde geldt als nopens handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Immers brengt de leer Smits mee dat een toetsing aan die zorgvuldigheid sowieso geboden is.

Mocht men die leer afwijzen – en de formulering van het in dit opzicht niet goed doordachte art. 6:162 lid 2 NBW lijkt in die richting te wijzen – *kan* eveneens sprake zijn van een geval waarin art. 6:162 lid 3 de onrechtmatigheid (in de zin van: inbreuk op een recht of strijd met een wettelijke plicht) wegneemt. Wanneer men – in mijn voetspoor – bereid is aan te nemen dat dit artikellid vermag te bewerkstelligen dat een gehoudenheid tot betaling van – kort gezegd – schadevergoeding *kan* bestaan wanneer schuld in enge zin en onrechtmatigheid in de zin van onzorgvuldigheid ontbreekt valt niet in te zien waarom niet hetzelfde zou *kunnen* gelden wanneer de andere onrechtmatigheidscategorieën „ontbreken”.

OPNIEUW: DE MAGISCHE GRENS

Hierboven werd aangegeven dat in een aantal gevallen twee beginselen frontaal botsen. Sprake is van een slachtoffer dat schade heeft geleden buiten zijn schuld, terwijl vergoeding daarvan billijk voorkomt, deze is veroorzaakt door een laedens die van zijn

1967, 69.

17. Asser-Hartkamp III, nr. 78 e.v.

18. Zie WPNR 3688 en daarover bijv. Asser-Hartkamp III, nr. 54.

handelen geen enkel verwijt valt te maken. In een aantal gevallen kan zelfs niet worden gezegd dat zijn gedrag onzorgvuldig was. Van onrechtmatig handelen in de normale zin des woords is dan geen sprake.

Men kan in die gevallen twee kanten op. Ofwel de daad wordt onrechtmatig *genoemd*, of vergoeding wordt toegekend voor rechtmatige daad. Het verschil lijkt groot doch dat is schijn. Dat volgt reeds uit mijn formulering „genoemd”.

Is een ontwikkeling waarbij openlijk vergoeding ter zake van rechtmatige daad wordt toegekend gevaarlijk? Gevoelsmatig beantwoord ik die vraag bevestigend. Met name ook omdat niet louter theoretisch lijkt dat de rechter de sluizen te wijd open zal zetten. Anderzijds: hetzelfde resultaat kan thans, zij het meer versluierd, worden bereikt. Is dat echt winst? Ik moet bekennen daar zelf niet uit te zijn. Van belang hierbij is wellicht dat de rechter onrechtmatigheid (beter) moet motiveren dan het waarom van schadevergoeding bij rechtmatige (overheids)daad; aldus de Wijkerslooth¹⁹. Doch niet ten volle duidelijk is waarom dit het geval zou zijn.

Vragen als hier besproken spelen uiteraard niet alleen op het terrein van de overheidsdaad. Met name ook ten aanzien van activiteiten die in enig opzicht gevaarlijk zijn rijzen ze eveneens. De rechtspraak biedt daarvan vele voorbeelden. Ook daar geldt dat men zich niet steeds aan de indruk kan onttrekken dat het billijk werd geoordeeld dat de gelaedeerde schadevergoeding kreeg, zulks terwijl het de laedens te maken verwijt en de laakbaarheid der daaraan ten grondslag liggende gedraging uitzonderlijk klein waren.

In dit verband moet wellicht een driedeling worden gemaakt. In de eerste plaats gevallen waarin een zeer streng zorgvuldigheids criterium wordt gehanteerd, doch waarin nog steeds sprake is van een daad die – te kort gezegd – laakbaar, onzorgvuldig is. Hier kan worden gedacht aan een aantal milieu-uitspraken van lagere rechters in het kader van art. 21 IBS²⁰. Ik stip aan dat het ten dele uiteraard een persoonlijke waardering blijft of men vindt dat een daad nog „laakbaar” (fout) is. Daarop ga ik hier niet verder in.

19. J. L. de Wijkerslooth, BR 1988, blz. 564.

20. Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage, 19 oktober 1988, BR 1989, 131; Rb. Rotterdam 9 oktober 1987, TMA 1987, 98, m.n. J. M. van Dunné.

Uit Tilburg zal de komende jaren daarover nader worden bericht²¹. De tweede groep gevallen wordt gevormd door die waarin ernstige twijfel gewettigd is nopens de vraag of niet zo strenge zorgvuldigheidsmaatstaven worden aangelegd dat het eigenlijk weinig realistisch is nog te spreken van onrechtmatig (fout) handelen. Veeleer lijkt de benadering van de rechter gespeend van iedere dogmatiek: of anders gezegd: het wordt billijk geoordeeld dat de „laedens” schadevergoeding betaalt en een redenering wordt opgetuigd om dat resultaat te bereiken. Daarbij meent de rechter (vooralsnog) het machtswoord onrechtmatig of schuld (in de zin van onrechtmatigheid) te moeten hanteren. Voorbeelden hiervan acht ik de arresten overstekende ree²², veenbroei²³ en vuilnisman²⁴.

Ik vermeld nog – zonder dat verder uit te werken – dat bij bestudering van de uitspraken vaak ook duidelijk is hoezeer de rechter met het probleem: is hier echt nog sprake van onrechtmatigheid, worstelt. Illustratief is het laadschoparrest. Het Hof oordeelde onder meer „dat eerder te verwachten was dat een kleuter op de leeftijd van Martin op een eerbiedige afstand zou blijven van een imponerend voertuig als een laadschop” (r.o.v. 5e). De Hoge Raad rept (kennelijk als feitenrechter-plaatsvervanger) van „de attractie die een voertuig als het onderhavige op een kind kan hebben”. Illustratief is ook de conclusie van AG ten Kate, NJ 1982, blz. 963, i.k. nopens het „merkwaardige verweer” van Royal waaruit men zou moeten afleiden dat het ging om een gevaarlijk voertuig doch dat blijkt te dienen als disculpatie. Dat, op de grens der onrechtmatigheid zo creatief met feiten kan/moet worden gespeeld spreekt boekdelen.

Ten slotte is er een categorie waarin *geen* beslissende rol meer speelt *of* onzorgvuldig is gehandeld. De rechtspraak over vernietigende beschikkingen lijkt op dat spoor te zitten. Het is zeer wel mogelijk dat de overheid een verwijt valt te maken, doch het is *geen voorwaarde* voor aansprakelijkheid. Ook als de vernietiging ten onrechte plaats vond is de „schuld” (lees: fout) in beginsel (hetgeen ten deze weinig betekent) gegeven²⁵.

21. Ik heb hier vooral het oog op hetgeen Mr Sterk hierover voornemens is te publiceren.

22. HR 11 november 1983, NJ 1984, 331.

23. HR 26 februari 1988, NJ 1989, 29 G.

24. HR 8 januari 1982, NJ 1982, 614 CJHB.

25. HR 26 september 1986, NJ 1987, 253; zie over de beschikking van het CBB, M. R. Mok, SEW 1980, blz. 125 e.v.

VERGOEDING BIJ RECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD

De vraag of vergoeding bij de burgerlijke rechter kan worden gevraagd op grond van rechtmatige overheidsdaad wordt noch in het NBW noch in de algemene wet bestuursrecht beantwoord. In de parlementaire geschiedenis van het NBW komen hier en daar enkele opmerkingen ter zake voor²⁶, doch deze bieden weinig houvast.

Art. 3.2.3 lid 2 AwB geeft wellicht meer steun; doch terecht stelt Koeman²⁷ dat een meer uitdrukkelijke grondslag te verkiezen ware. Door de schakelbepaling art. 3.1.1 lid 2 kan bedoeld artikel zo nodig ook voor de burgerlijke rechter soelaas bieden²⁸.

Thans heerst nog grote verwarring althans onduidelijkheid over de vraag of en zo ja wanneer en in hoeverre schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad geïndiceerd is. De meer gangbare opvatting is dat daarvoor zonder wettelijk fundament geen plaats is²⁹. Doch de ontwikkelingen op het terrein van het (overheids)aansprakelijkheidsrecht gaan snel. Alleen al daarom zou de wetgever er m.i. verstandig aan doen om deze materie zelf ter hand te nemen³⁰.

In zijn al vaker gememoreerde conclusie doet Bloembergen een klemmend beroep op de Hoge Raad om – „nu er van de wetgever weinig valt te verwachten” – de ontwikkeling ten deze gestalte te geven. En dat niet via de „sluipweg” van Voortse Stroom VII³¹. De Hoge Raad heeft hem niet willen volgen. Of dat moet worden betreurd is een kwestie van appreciatie. Zoals hiervoor al uiteengezet kan daarvoor zeer verschillend worden gedacht (en aarzel ik zelf ook).

26. Zie nader mijn bijdrage aan BW-krant Jaarboek 1985, blz. 52 e.v.

27. Preadvies VAR 1989, blz. 183.

28. Zie verder MvT, blz. 59 e.v.

29. Zie voor literatuur Onrechtmatige Daad VII (Damen) nr. 222.

30. Eender J. A. E. van der Does en J. L. de Wijkerslooth, Mon. Nieuw BW B-48, blz. 73.

31. Conclusie onder 4.7. e.v.; zie verder J. L. de Wijkerslooth, BR 1988, blz. 564.

Naar geldend en komend recht is een vordering gebaseerd op rechtmatige overheidsdaad (bij de burgerlijke rechter) vooralsnog een utopie. Hierboven bleek dat de meest voor de hand liggende oplossing gelegen is in een op maat gesneden onrechtmatigheids-norm. Toch is de vraag of die benadering steeds baat zal kunnen brengen, nog daargelaten de andere bedenkingen tegen die methode (ondoorzichtigheid, oneigenlijkheid). Zijn er alternatieven? Het antwoord luidt bevestigend. De conclusie van Bloembergen wijst op het leerstuk der ongerechtvaardigde verrijking. Reeds geruime tijd wordt door sommigen verdedigd dat het ten deze baat kan brengen.

Zoals bekend is de ongerechtvaardigde verrijking naar geldend recht rechtens recht (de Quint/te Poel doctrine³²) terwijl zij in het NBW in art. 6:212 is verankerd. De huidige leer houdt – kort gezegd – in dat hierop gebaseerde vorderingen alleen mogelijk zijn wanneer zij passen in het stelsel van de wet en aansluiten bij wel in de wet geregelde gevallen. Deze beperkingen keren in het NBW niet terug.

Bloembergen analyseert op kunstige en indrukwekkende wijze dat en waarom het geval van de schade toebrengende arrestatie – waarvoor later geen grond bleek – met toepassing van de Quint/te Poel-leer tot vergoeding kan leiden. Daartoe zoekt hij aansluiting bij een aantal verwante gevallen die in het „recht” (ongeschreven daaronder begrepen) oplossing hebben gevonden. Van belang daarbij is de toevoeging tussen haakjes. Ik ga daarop niet verder in nu dit aansluiting zoeken vanaf 1992 niet langer nodig is. Voor het overige verwijs ik korthedshalve naar de conclusie³³.

Het probleem ligt uiteraard in de verrijking van de Staat. Is het vangen van boeven (indien nodig met geweld) aan te merken als verrijking? Ik ga er voorshands aan voorbij dat betrokkene ten onrechte als zodanig werd aangemerkt.

De AG schrijft dit probleem weg. Toch is het serieus. Het ligt niet aanstonds in de rede verrijking zo ruim op te vatten als zojuist vermeld. Tekst noch toelichting bieden veel steun voor zodanig

32. HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548.

33. Conclusie onder 4.

oprekken. Het verst in deze richting gaat Langemeijer, al is niet ten volle duidelijk of hij niet volstaat met het oplaten van een ballonnetje. Hij schreef:

„ . . . als ik mijn fantasie voor een ogenblik wilde sprongen toesta, dan kan men zelfs voorstellen dat men . . . de meest krasse gevallen van om vergoeding vragende rechtmatige overheidsdaad met de verrijksactie zou aanvatten, aanvoerende dat de betekenis, die voor de particulier verrijking heeft, voor de Overheid eigen is aan de mogelijkheid om haar taak op juiste wijze te vervullen. Het opmerkelijke effect zou dan zijn dat de Overheid door te betogen, dat zij niet onrechtmatig handelde omdat haar afweging van alle betrokken particuliere en openbare belangen de enige juiste was, eo ipso zou doen vast staan dat zij verrijkt is ten koste van degene wiens belangen daarbij zijn gekrenkt, tenminste wanneer die krenking zich in een verarming laat uitdrukken”³⁴.

Hoe hierover te denken? Langemeijer is bijgevallen door Schoordijk³⁵, afstand van zijn betoog is genomen door Biegman-Hartogh³⁶. Het komt mij voor dat de benadering waarin het begrip „verrijking” wordt opgerekt als zoëven geciteerd risico’s in zich bergt. Langemeijer wijst daar trouwens zelf ook op. Het moge zijn dat op die wijze wenselijke resultaten kunnen worden bereikt – wat valt toe te juichen – , dit geschiedt langs enigszins oneigenlijke weg. Er is weinig verschil met het buiten zijn voegen oprekken van het begrip „onrechtmatigheid”. Veeleer ligt voor de hand dat de wetgever zelf aangeeft waar hij de grenzen wil trekken. Natuurlijk kan dat niet in abstracto. Maar, mede gelet op het in het oog springende belang van deze materie lijkt het minder gewenst dat de wetgever het primaat aan de rechter overlaat. Anderzijds: wanneer de wetgever stil blijft zitten – zo vaak ten detrimente van de schatkist! – is het m.i. gerechtvaardigd dat de rechter wegen zoekt om (in het oog springende) onbillijkheden op creatieve wijze op te lossen. Daarbij kan hij baat hebben bij hetgeen Hijma elders in dit boek schrijft.

Ik wil niet louter volstaan met abstracties. Toepassing van de fantasieleer-Langemeijer zou soelaas kunnen bieden bij wegopbrekingen. Thans wordt in het

34. G. E. Langemeijer in: *Op grenzen van komend recht*, blz. 162.

35. H. C. F. Schoordijk, *Nogmaals ongegronde vermogensvermeerdering*, Bregstein lezing 1986, blz. 7/8.

36. A. M. Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking*, blz. 126/7.

algemeen aangenomen dat zulks niet onrechtmatig is. Toch kan daardoor (grote) schade ontstaan. Hetzelfde geldt nopens (water)wegonderhoud. Daar kan van de overheid niet het onmogelijke worden gevergd³⁷ waarbij haar een zekere beleidsvrijheid toekomt³⁸. Het is niet zonder risico om langs de zojuist besproken weg op deze gebieden recht te doen. De beperking van art. 6:212 („voor zover dit redelijk is”) doet daaraan niet af.

DE GRENS DER ONGERECHTVAARDIGDE VERRIJKING

In het aan het begin van deze bijdrage besproken arrest meende de Staat te maken te hebben met een „vuurgevaarlijke verdachte”. Zijn optreden waarbij deuren en ramen van betrokkenes huis werden geforceerd was, tegen die achtergrond, zeer te begrijpen. Meer juridisch vertaald: er was een rechtvaardigingsgrond.

Het is niet eenvoudig aan te geven welke rechtvaardigingsgrond zich voordeed. Bloembergen noemt noodtoestand of – in zijn visie toepasselijk – wettelijk voorschrift.

De omlijning van de verschillende rechtvaardigingsgronden is niet eenvoudig. Daaraan is noch in de literatuur noch in de parlementaire geschiedenis veel te vinden. De Toelichting Meijers rept van „nog bestaande onzekerheden over de juiste omschrijving van noodweer en noodtoestand en over de onderlinge begrenzing van deze beide rechtvaardigingsgronden”. Bepaling van hun inhoud is aan „wetenschap en rechtspraak overgelaten”³⁹. Waarom in casu sprake zou zijn van „wettelijk voorschrift” is mij onduidelijk. Is er een *verplichting* krachtens de wet op op te treden gelijk is geschied⁴⁰? M.i. is dat aan twijfel onderhevig. Veeleer ben ik geneigd te menen dat sprake is van „ambtelijk bevel”, waaraan de omstandigheid dat dit werd gegeven door dezelfde overheid niet afdoet.

Het belang van een en ander lijkt mij niet erg groot. Dat is slechts anders wanneer zou worden aangenomen dat hetgeen in de literatuur wordt verdedigd nopens noodweer niet gelijkelijk zou gelden voor de andere rechtvaardigingsgronden. Maar waarom zou dat zo zijn?

Ik keer terug naar onze casus. Als zou worden aangenomen dat sprake was van een rechtvaardigingsgrond (noodtoestand) dan neemt dat weliswaar de onrechtmatigheid weg maar niet de gehoudenheid schadevergoeding te betalen. Ook hier kan – naar vrij

37. Onrechtmatige Daad VII nr. 228 e.v.

38. HR 9 oktober 1981, NJ 1982, 332 CJHB.

39. TM Boek 6, blz. 647.

40. Onrechtmatige Daad I (Jansen) nr. 155.

gangbare inzichten – de theorie van de ongerechtvaardigde verrijking uitkomst bieden⁴¹. Aldus ook de Toelichting Meijers⁴².

De Hoge Raad heeft die weg niet willen behandelen. Wellicht (mede) om geen uitspraak te moeten doen over de vraag of ten deze sprake was van „verrijking”. Hij oordeelt – verkort weergegeven –: bij arrestaties moet er rekening mee worden gehouden dat de arrestant onschuldig is. Blijkt dat achteraf dan is de arrestatie, indien daaruit schade voortvloeit, onrechtmatig. Kennelijk: van stond af aan geweest.

Deze constructie sluit nauw aan bij hetgeen het college eerder overwoog ten aanzien van het executeren van later onjuist gebleken rechterlijke vonnissen⁴³. Maar is zij erg overtuigend? Als ik de Hoge Raad goed begrijp wordt overwogen dat de rechtvaardigingsgrond er nooit is geweest („ . . . het achteraf ongefundeerd blijken van de rechtvaardigingsgrond”). Komt hij met terugwerkende kracht te vervallen? En hoe komt dat dan? Omdat men er rekening mee moest houden dat dat kan gebeuren?

Hoezeer de benadering van de Hoge Raad, gezien vanuit dogmatisch perspectief, ook moeilijkheden oplevert, maatschappelijk is zij goed te begrijpen. Het had wellicht voor de hand gelegen dat ook in dit arrest te beklemtonen (in navolging van het hiervoor genoemde arrest over executie van rechterlijke uitspraken⁴⁴). Aldus wordt ook duidelijker waarom in casu het risico op de Staat wordt gelegd, want in feite is dat wat er gebeurt⁴⁵. Zo gezien past het arrest goed in de sleutel van „risico-aansprakelijkheid” of aansprakelijkheid voor rechtmatige daad.

SCHULD, EEN WAZIG BEGRIP

Het arrest houdt nog een ontboezeming in over schuld, die ik in mijn korte samenvatting al heb „meegenomen”. De Staat moest er rekening mee houden dat B onschuldig zou kunnen zijn. Als dat „zou blijken” is er schuld. Wat dat begrip hier betekent komt niet

41. Idem nr. 178.

42. TM Boek 6, blz. 647/8.

43. HR 16 november 1984, NJ 1985, 547 WHH.

44. HR 16 november 1984, NJ 1985, 547 WHH.

45. W. H. Heemskerk, NJ 1985, 547 onder 10.11.

erg uit de verf. Dat is niet ongewoon. Ik acht het per saldo aannemelijk dat schuld hier meer betekent dat het vrij inhoudsloze begrip dat daaraan bijvoorbeeld door Hartkamp wordt gehecht⁴⁶.

Boeiend blijkt intussen het „achteraf ongefundeerd *blijken*”. Wat moet onder „blijken” worden verstaan? Geldt de arrestatie als rechtmatig, tenzij komt vast te staan dat B onschuldig was? Of is het veeleer zo dat deze een voorlopig rechtmatig karakter draagt totdat komt vast te staan dat B schuldig is? De formulering wijst in de richting van de eerste veronderstelling; redelijk zou dat niet zijn. Aangenomen moet worden dat de Hoge Raad dat niet bedoelt.

Deze vraag is niet van praktisch belang ontbloot. Quid bijvoorbeeld als de dagvaarding nietig wordt verklaard en het OM niet opnieuw vervolgt of als niet-ontvankelijkheid volgt op grond van art. 6 EVRM? Dan komt niets vast te staan, blijkt niets.

TENSLOTTE: B/STAAT NADER BEZIEN

Hiervoor werd een aantal opmerkingen gemaakt naar aanleiding van het arrest B/Staat. Dit arrest werd nog niet op zijn inhoudelijke merites bezien. Daarover nog enkele korte opmerkingen.

Volstrekt begrijpelijk is dat de Hoge Raad de Staat – te kort gezegd – heeft veroordeeld de door B geleden schade te vergoeden. Het is nauwelijks te begrijpen dat de Staat heeft kunnen menen dat hij de dans zou kunnen ontspringen. De juridische hobbels die ter bereiking van dat resultaat moeten worden genomen zijn – de Staat zou dat moeten weten – zeker in de huidige tijd van ontzogmatisering geen onoverkomelijke obstakels meer.

Er is meer dat de Staat ervan had moeten onthouden deze procedure te voeren. Hij wint niet aan geloofwaardigheid door (te vaak) onhoudbare standpunten te verdedigen. Maar wat ernstiger is: hij biedt de rechter onnodig gelegenheid zich uit te laten over lastige juridische vragen (de rechtmatige overheidsdaad daaronder begrepen). Voor de praktijk en de wetenschap is dat toe te jui-chen, doch het behoort niet tot zijn taak. Wellicht iets voor de Rekenkamer?

46. Asser-Hartkamp III, nr. 74.

Na zo'n – naar ik onderken – vrij harde opstelling behoeft nadere verklaring waarom de uitkomst voorspelbaar was. De redelijkheid alleen is (wellicht) onvoldoende dragend argument. Al was het maar omdat daarover verschillend kan worden gedacht. Althans in het algemeen. Want weinigen zullen, denk ik, durven beweren dat het billijk is dat iemand die ten onrechte van ernstige misdrijven wordt verdacht, en bij wiens arrestatie grote schade is aangericht, met die schade blijft zitten.

Los van de Quint/te Poel benadering zijn er m.i. ten minste twee goed vergelijkbare gevallen waarin gelijkelijk aansprakelijkheid wordt aangenomen. Ik wees al op de executie van een later onjuist gebleken (kort geding) vonnis. Ook kan worden gedacht aan ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis⁴⁷.

Ten slotte zij nog gewezen op een recente uitspraak van de Nationale Ombudsman. Het ging om de arrestatie van ene Z die werd verdacht van overtreding van de Opiumwet. Om daartoe over te kunnen gaan moest de voordeur worden geforceerd. De woning behoorde toe aan M, die deze had verhuurd aan K. Z was de gewezen echtgenote van K. M heeft de schade niet kunnen voorkomen.

Na overwogen te hebben dat het politie-optreden rechtmatig was, wordt overwogen dat desalniettemin op de Staat de verplichting rust de schade te vergoeden. Daartoe wordt principieel overwogen:

„kosten die worden veroorzaakt door overheidsoptreden in het algemeen belang behoren in beginsel te worden gebracht en laste van de gemeenschap, tenzij het kosten betreft die naar maatschappelijke opvattingen voor risico van de individuele burger behoren te komen.

In dit geval heeft de politie schade veroorzaakt in de uitoefening van haar politietaak. Bij de uitoefening van de politietaak handelt de politie in het algemeen belang. De schade is toegebracht aan de aan verzoeker toebehorende woning, zonder dat verzoeker dit op enigerlei wijze heeft kunnen voorkomen. Mede gelet op de hoogte van de schade, behoorde deze niet tot de kosten die naar maatschappelijke opvattingen voor risico van verzoeker komen”⁴⁸.

47. HR 7 april 1989, NJ 1989, 532; zie voor de Verenigde Staten, Prosser en Keeton, *The Law of torts*, blz. 54; zie verder A. van Oevelen, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht, op diverse plaatsen*.

48. Nationale ombudsman 23 januari 1990, verkort afgedrukt in NJB 1990, blz. 294.

Op grond van de wet (art. 26 lid 1 wet nationale ombudsman) beoordeelt de ombudsman of de overheid zich „behoorlijk heeft gedragen”. Waar het betreft de vraag of de overheid schade moet vergoeden – een zaak die in beginsel thuis hoort bij de (burgerlijke) rechter – past hem m.i. een zekere terughoudendheid. Ik kan het ook anders benaderen: het niet vergoeden van schade komt n.m.m. alleen dan als onbehoorlijk voor wanneer dat redelijkerwijs onverdedigbaar is. Onduidelijk blijft of deze benadering wordt gevolgd. Hoe dat zij, aangenomen mag worden dat de ombudsman zich niet geroepen voelt zulk een oordeel uit te spreken wanneer hij meent dat gerede twijfel mogelijk is. Daarvan uitgaande meende hij blijkbaar dat zulks niet het geval was.

In dit geval is in mijn ogen iets meer twijfel gerechtvaardigd dan in de zaak B/Staat, al acht ik het door de ombudsman bereikte „resultaat” per saldo billijk. Of het aangaat dat de ombudsman in zo principiële bewoordingen de rechtmatige overheidsdaad introduceert acht ik bepaaldelijk twijfelachtig.

Duidelijk is intussen dat, naar des ombudsmans maatstaven, in de zaak B/Staat geen *enkele* twijfel mogelijk kan zijn: de Staat moet betalen. Die conclusie spreekt (mij) als gezegd zeer aan.

De systematiek van het overgangsrecht Nieuw BW

*C. L. de Vries Lentsch-Kostense**

1. INLEIDING; ZELFS DE MOEILIKHEIDSGRAAD OMSTREDEN

Over het overgangsrecht bestaat nogal wat verwarring en onduidelijkheid. Bij het concipiëren van het overgangsrecht voor het nieuwe vermogensrecht kon de wetgever niet beschikken over een aantal algemene bepalingen van overgangsrecht¹. Een ontwerp van L. J. Hijmans van den Bergh voor een tweetal algemene artikelen van overgangsrecht² bleek op zeer ernstige bezwaren van de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer te stuiten en is door de toenmalige minister van Justitie ingetrokken.

Ook in de literatuur zijn geen min of meer algemeen aanvaarde beginselen ontwikkeld. Integendeel, over de betekenis van twee essentiële begrippen uit het overgangsrecht, de terugwerkende kracht en de eerbiediging van verkregen rechten, bestaat al geen

* Mevr. mr C. L. de Vries Lentsch-Kostense is rechter in de Rechtbank te 's-Gravenhage en bijzonder griffier van de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

1. Men kan alleen de artt. 2 en 4 Wet A.B. als algemene bepalingen van overgangsrecht beschouwen. Art. 2 bepaalt dat de wetten *terstond* werken, d.w.z. de 20e dag na die der dagtekening van het Staatsblad waarin de wet geplaatst is, behoudens indien bij die wet een ander tijdstip is vastgesteld. Art. 4 verbiedt de rechter aan nieuwe wetten terugwerkende kracht te verlenen indien de wetgever zulks niet heeft gedaan. (Deze bepaling luidt: De wet verbindt alleen voor het toekomstige en heeft geen terugwerkende kracht.)
2. Deze twee artikelen moesten als art. 4 en art. 4a in de plaats komen van art. 4 Wet A.B. Art. 4 nieuw bevatte definities van de begrippen „eerbiedigende werking”, „exclusieve werking” en „terugwerkende kracht”. Art. 4a maakte een onderscheid tussen „materieel bepaalde” rechtsposities enerzijds en „onbepaalde” en „formeel bepaalde” rechtsposities anderzijds; art. 4a hield in dat de nieuwe wet voor de eerste categorie rechtsposities in beginsel eerbiedigende werking toekwam en voor de tweede categorie in beginsel exclusieve werking.

eenstemmigheid. Zelfs de moeilijkheidsgraad van het overgangsrecht is niet onomstreden! Zo verzuchtte Brunner bij de beraadslagingen over zijn preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging: „Naarmate ik me meer in het onderwerp verdiepte nam de duisternis toe. . . Ik waarschuw dus ieder die zich intensief met het overgangsrecht wil bezighouden, dat dit gemakkelijk leidt tot overspanning en lichte vormen van waanzin”³. Zijn mede-preadviseur H. Stein⁴ tekent daarentegen in par. 299 (!) van zijn ontzagwekkende opus aan: „Het overgangsrecht heeft de naam moeilijk te zijn, maar in wezen is het buitengewoon simpel.”⁵

Die opvatting van Stein heeft – als ik het goed zie – nog niet veel bijval gevonden. Verburgh noteerde in zijn verslag van de vergadering van de NJV over de preadviezen van Brunner en Stein zelfs dat de discussie ten dele niet veel meer was dan een debiteren van technicalities en incrowd-talk, onbegrijpelijk voor de overgrote meerderheid der aanwezigen⁶. Toch ben ik ervan overtuigd geraakt dat het standpunt van Stein bijval verdient. De wetgever heeft in de toelichting bij zijn wetsvoorstel een uitvoerige uiteenzetting gegeven omtrent de algemene beginselen en uitgangspunten die aan het nieuwe overgangsrecht ten grondslag zijn gelegd. Met name daardoor kan men zich een helder inzicht in de systematiek van het overgangsrecht verwerven. Daarnaast heeft de wetgever in de toelichtende stukken per nieuw BW artikel aangegeven of het oude recht wordt gehandhaafd dan wel gewijzigd en wat de consequenties op het gebied van het overgangsrecht zijn. Deze opzet heeft veel waardering en lof geoogst. In de wandelgangen wordt de invoeringsdatum zelfs al „De Die-day” genoemd naar de departementale vader van het wetsvoorstel⁷. Met de toepassing van

3. C. J. H. Brunner, *Handelingen NJV 1985 II*, blz. 31.
4. Niet te verwarren met P. A. Stein, die deel uitmaakte van de groep-Van Dunné, die aan de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer in een lijvig rapport moest mededelen niet aan een bestudering van deze uiterst weerbarstige materie van het overgangsrecht toegekomen te zijn.
5. H. Stein, preadvies „Rechtsvinding Overgangsrecht privaatrecht”, *Handelingen NJV 1985 I*, blz. 260 (par. 299).
6. I. Verburgh, „Burgerlijk recht in de overgang”, *NJB 1985*, blz. 864.
7. Een begrip gelanceerd door de adviescommissie voor het overgangsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten. Zie H. G. T. J. Jansen, *Kwartaalbericht Nieuw BW 1985/2*, blz. 58 onder par. 3.

het overgangsrecht in de praktijk zal het dan ook dank zij dit indrukwekkende stuk wetgeving „waarachtig nog wel gaan” indien men zich enigermate verdiept in de systematiek van het overgangsrecht.

Omdat ik wel een poging wilde wagen in kort bestek enig inzicht in die systematiek te verschaffen en ook omdat ik zeer goede herinneringen aan mijn Leidse Rapenburg-tijd bewaar, heb ik gehoor gegeven aan het verzoek van de redactie van de Leidse BW-krant om dit jaar een bijdrage aan het Jaarboek te leveren.

2. OVERGANGSRECHT: „GELDINGSREGELS”

Overgangsrecht regelt het geldingsgebied van nieuwe rechtsregels: overgangsrecht betreft de vraag welk recht, het oude of het nieuwe, bij wijziging van rechtsregels van toepassing wordt.

De rechtsregels van overgangsrecht zijn met andere woorden species van het genus geldingsregels, d.w.z. regels die bepalen welke van twee of meer regelingen op een geval van toepassing is. Het overgangsrecht is daarmee als bijzonder rechtsgebied (van een „hogere orde”) te onderscheiden van het materiële recht zelf, evenals bijvoorbeeld het internationaal privaatrecht, dat ook een species is van het genus geldingsregels⁸.

Het overgangsrecht voor het nieuwe BW regelt de vraag of het oude dan wel het nieuwe BW van toepassing is als het nieuwe BW op 1 januari 1992 in werking treedt. Deze vraag speelt natuurlijk niet voor de zgn. „posterieure feiten”. De koopovereenkomst die na 1 januari 1992 wordt gesloten, valt vanzelfsprekend geheel onder het regime van het nieuwe BW; hetzelfde geldt voor de erfpacht die na 1 januari 1992 wordt gevestigd, de onrechtmatige daad die na 1 januari 1992 wordt gepleegd. In deze gevallen is er eenvoudigweg geen sprake van een overgangssituatie. De oude wet is reeds buiten werking gesteld en de nieuwe wet regeert op het moment dat de rechtsfeiten zich voordoen: dan kan ook alleen de nieuwe wet van toepassing zijn.

De vraag oud of nieuw BW, speelt wel bij rechtstoestanden die op het moment van inwerkingtreding van het nieuwe BW bestaan

8. Zie B.C. de Die, „Overgangsrecht – een herwaardering na vijftig jaar”, R.M. Themis, 1979, blz. 256 e.v. (par. 4 en 5).

en bij zgn. anterieure feiten. Zo rijzen bijvoorbeeld de volgende vragen.

- Blijven de konijnen in de konijnen-warande die naar oud BW onroerend, doch naar nieuw BW roerend zijn, ook na 1 januari 1992 onroerend, of worden deze konijnen in de warande gewoon roerend?
- Wordt het nieuwe BW en met name ook de nieuwe imprévision-regeling van art. 5: 97 (art.5.7.1.8a) van toepassing op voor 1 januari 1992 reeds gevestigde erfpachten?
- Wordt het nieuwe BW inclusief de nieuwe wanprestatie-regeling van toepassing op voor 1 januari 1992 gesloten doch nog niet afgewikkelde koopovereenkomsten?
- Wordt op ouders het nieuwe risico-aansprakelijkheidsregime van art. 6:169 (art.6.3.2.1) van toepassing indien voor 1 januari 1992 schade is veroorzaakt door de onrechtmatige daad van hun 10-jarige kind en die schade nog niet is afgewikkeld?

Men kan het – in aanmerking nemend dat het bij elke rechtsregel zo is dat rechtsgevolg wordt toegekend indien voldaan is aan de door die rechtsregel gestelde vereisten – ook zo zeggen: in het overgangsrecht gaat het om de vraag of de nieuwe wet van toepassing wordt indien de vereisten die zij voor het intreden van haar rechts-gevolg stelt op 1 januari 1992 reeds zijn vervuld⁹.

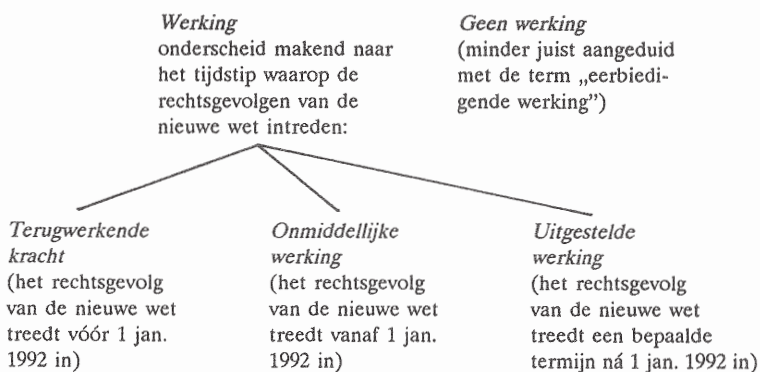
3. NIEUW OF OUD BW? KEUZE TUSSEN: GEEN WERKING (EERBIEDIGENDE WERKING) EN ONMIDDELLIJKE WERKING, TERUGWERKENDE KRACHT OF UITGESTELDE WERKING

Het overgangsrecht moet niet alleen bepalen of op 1 januari 1992

9. Voor een volledig inzicht in bepaalde vraagstukken van het overgangsrecht is het dienstig zich de rechtsregels voor te stellen als regels die rechtsgevolgen verbinden aan het vervuld zijn van bepaalde vereisten. (Het rechtsgevolg eigendomsoverdracht treedt in indien voldaan is aan de vereisten: levering, beschikkingsbevoegdheid en geldige titel. Het rechtsgevolg aansprakelijkheid voor schade treedt in indien voldaan is aan de vereisten: onrechtmatige daad, toerekenbaarheid, schade en causaal verband.) Ook de Overgangswet gaat bij de omschrijving van de onmiddellijke werking in art. 68a uit van rechtsgevolgen en vereisten. Zie hierover het nader rapport aan de Koningin (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW, elfde gedeelte, Tweede Kamer, vergaderjaar 1984-1985, 18 998, C) blz. 12, linkerkolom. Zie ook de memorie van antwoord (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW, elfde gedeelte, Tweede Kamer, vergaderjaar 1988-1989, 18 998, nr. 5), blz. 2, vierde alinea.

het nieuwe BW op bestaande rechtstoestanden en anterieure feiten van toepassing wordt. Indien gekozen wordt voor toepasselijkheid van het nieuwe BW, dan moet bovendien bepaald worden met ingang van welk tijdstip dat nieuwe BW van toepassing wordt. Daarbij heeft de wetgever de keuze tussen drie mogelijkheden: werking met ingang van 1 januari 1992 (de zgn. onmiddellijke werking), werking met ingang van een tijdstip vóór 1 januari 1992 (terugwerkende kracht) en werking met ingang van een tijdstip na 1 januari 1992 (uitgestelde werking).

In schema gezet, zijn er met andere woorden de volgende keuze-mogelijkheden:



Ter illustratie dienen weer de konijnen in de konijnen-warande¹⁰. Laat men het nieuwe BW buiten toepassing (geen werking) dan blijven de konijnen ook na 1 januari 1992 onroerend tot ze de warande verlaten. Past men het nieuwe BW wel toe, dan moet men kiezen uit de volgende opties:

- onmiddellijke werking: de konijnen worden vanaf 1 januari 1992 roerend; daarvóór waren en blijven zij onroerend;
- terugwerkende kracht: de konijnen worden niet alleen met ingang van 1 januari 1992 roerend, maar de onroerende status wordt de konijnen met terugwerkende kracht ontnomen: op 1

10. Dit voorbeeld is naar mijn mening juist door zijn eenvoud instructief; het is ontleend aan een syllabus van B. C. de Die.

- januari 1992 geldt dat zij altijd al (of met ingang van een bepaald tijdstip vóór 1 januari 1992) roerend waren;
- uitgestelde werking: de konijnen blijven op 1 januari 1992 onder het oude regime en derhalve onroerend; met ingang van een bepaalde termijn nadien (bijv. 1 jaar) worden ze dan alsnog roerend.

De wetgever heeft de term „onmiddellijke werking” verkozen boven het voorheen meer gangbare begrip „exclusieve werking”.

Dit omdat de term exclusieve werking het verschil met terugwerkende kracht niet duidelijk aangeeft. De term exclusieve werking duidt immers slechts aan dat er één regime, de nieuwe wet, exclusief van toepassing wordt, maar geeft niet aan *vanaf* welk tijdstip die nieuwe wet gaat gelden. Bij terugwerkende kracht wordt de nieuwe wet evenzeer exclusief van toepassing, zelfs „exclusiever” dan bij de zgn. exclusieve werking. De term onmiddellijke werking bevat juist wel een tijdselement; dit begrip geeft aan dat de nieuwe wet onmiddellijk, dat wil zeggen *vanaf* het tijdstip van haar inwerkingtreden, gelding heeft. Het begrip onmiddellijke werking is overigens ook door de Hoge Raad reeds in 1978 aanvaard¹¹.

4. FORMEEL UITGANGSPUNT: ONMIDDELLIJKE WERKING EERBIEDIGING VAN VERKREGEN RECHTEN

Bij het nieuwe overgangsrecht is uitgegaan van de gedachte dat de onmiddellijke werking de normale werking van een nieuwe wet is. Van haar in werking treden af is de nieuwe wet in werking (art. 2 Wet A.B.) en is de oude wet ingetrokken. Er is geen reden om bestaande rechtsverhoudingen aan de werkingssfeer van de nieuwe wet te onttrekken en de oude wet voor die rechtsverhoudingen in werking te laten. Als principe geldt derhalve dat het nieuwe BW onmiddellijke werking heeft, d.w.z. dat het nieuwe BW vanaf 1 januari 1992 zijn rechtsgevolgen doet intreden indien aan de door hem daarvoor gestelde vereisten is voldaan. Dit uitgangspunt is neergelegd in art. 68a Overgangswet, dat eerst op aandrang van de

11. Zie over de term „onmiddellijke werking” het in noot 9 aangehaalde nader rapport aan de Koningin, blz. 12 (linker kolom slot en midden kolom), waar ook verwezen wordt naar literatuur en het arrest van de Hoge Raad uit 1978.

vaste commissie voor justitie van de Tweede Kamer is opgenomen. De minister heeft steeds betoogd dat de onmiddellijke werking zozeer de normale werking is dat een wettelijke bepaling overbodig is, ja zelfs aanleiding kan geven tot ongewenste a-contrario redeneringen indien elders een expliciete bepaling achterwege blijft¹².

De onmiddellijke werking is voor het nieuwe BW als uitgangspunt aanvaard, maar dan wel slechts als „formeel uitgangspunt”. Dat wil zeggen dat steeds weer voor elke nieuw BW-bepaling afzonderlijk is afgewogen of handhaving van het oude recht (eerbiedigende of uitgestelde werking) voor de rechtspraak niet de voorkeur verdient. Bij die afweging gaat het enerzijds om het belang van integrale invoering van het nieuwe BW zodat niet „eilanden van oud recht temidden van een zee van nieuw recht” komen te liggen en op den duur steeds meer geïsoleerd raken. Anderzijds speelt een rol het belang van partijen bij een zoveel mogelijk ongestoorde voortzetting van hun rechtsverhouding die begon onder het oude recht, op handhaving waarvan partijen rekenden¹³.

Het belang van partijen bij handhaving van het oude recht speelt wel in het bijzonder in die gevallen waarin de invoering van de nieuwe wet een verkregen recht verloren doet gaan of een rechtsbetrekking tussen partijen schept, beëindigt of doet overgaan.

Voor het overgangsrecht is nu naast het uitgangspunt van de onmiddellijke werking tevens als uitgangspunt aanvaard dat de nieuwe wet geen onmiddellijke werking behoort te hebben in de hiervoor bedoelde gevallen, d.w.z. indien het enkele van toepassing worden van het nieuwe BW tot gevolg zou hebben dat een vermogensrecht (eigendom, beperkt recht, vorderingsrecht) wordt verloren of verkregen, dan wel voor iemand een schadeplichtigheid ontstaat die er tevoren niet was. Het gaat hier om het van oudsher reeds aanvaarde beginsel van „de eerbiediging van verkregen rech-

12. Zie de vaste commissie voor justitie van de Tweede Kamer in haar voorlopig verslag (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW, elfde gedeelte, Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 18998, nr. 4), blz. 1 en 2 onder nr. 2, en de minister in zijn memorie van antwoord, t.a.p., blz. 1 onder nr. 2.

13. Vgl. de memorie van toelichting (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW, elfde gedeelte, Tweede Kamer, vergaderjaar 1984-1985, 18 998, nr. 3), blz. 10, eerste alinea, en blz. 20 e.v. onder nr. 10.

ten” (beter gezegd: „eerbiediging van het bestaan en niet bestaan van absolute en relatieve vermogensrechten”). Dit beginsel houdt verband met het algemene beginsel der rechtszekerheid: wie onder de oude wet een recht van eigendom of een ander vermogensrecht heeft verworven, moet er op kunnen rekenen dat dit recht hem niet door enkele wetswijziging wordt ontnomen; wie onder het oude recht niet voor bepaalde schadeveroorzakende handeling aansprakelijk was, moet er van uit kunnen gaan dat hij niet door enkele wetswijziging alsnog aansprakelijk wordt¹⁴.

Bij de eerbiediging van verkregen rechten gaat het echter alleen om eerbiediging van het bestaan en niet bestaan van verkregen rechten. Verder gaat de eerbiediging niet. Zo wordt het bestaan van een erfpachtsrecht geëerbiedigd, doch wordt de inhoud van het recht van erfpacht vanaf de inwerkingtreding door het nieuwe BW bepaald, zodat de positie van de erfpachter en de eigenaar wel degelijk door de invoering van het nieuwe BW beïnvloed wordt¹⁵.

In art. 69 van de Overgangswet is het beginsel van de eerbiediging van verkregen rechten neergelegd.

Ter illustratie van het beginsel van de eerbiediging van verkregen rechten volgt hier een voorbeeld op het terrein van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Onmiddellijke werking van art. 6:169 (art. 6:3.2.1) zou het volgende betekenen voor de ouders van de altijd oppassende 10-jarige jongen die op 31 december 1991 de voorruit van de buurman uit baldadigheid doet sneuvelen: op de ouders komt op 1 januari 1992 een risicoaansprakelijkheid te rusten terwijl zij voordien niet aansprakelijk waren omdat zij zich konden disculperen op grond van art. 1403, lid 5 oud BW. Onmiddellijke werking zou derhalve in dit geval betekenen dat door de enkele invoering een schuldplichtigheid bestaat die er tevoren niet was; het beginsel van de eerbiediging der verkregen rechten staat daaraan in de weg. Art. 6:169 blijft voor dit geval dus buiten toepassing.

Anderzijds is het in het hier ten tonele gevoerde voorbeeld ook zo dat, voor wat betreft de baldadige jongen zelf, het beginsel van „de eerbiediging van verkregen rechten” in de weg staat aan de

14. Zie ook de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 25 e.v. onder nr. 13.

15. Vgl. met name de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 26, laatste alinea.

onmiddellijke werking van art. 6:164 (art. 6.3.1.2a) dat bepaalt dat een kind jonger dan 14 jaar niet aansprakelijk is voor zijn onrechtmatige daden. Onmiddellijke werking zou hier immers betekenen dat de buurman de vordering tot schadevergoeding die hij op 31 december 1991 op grond van art. 1401 BW jegens de 10-jarige jongen verkrijgt, zou verliezen; daaraan staat het beginsel van de eerbiediging van verkregen rechten in de weg.

Nadat tot nu toe met name aan de orde kwam wanneer van het uitgangspunt van onmiddellijke werking afgeweken zou moeten worden, volgt thans een opsomming van categorieën rechtsgevolgen die in het systeem van het nieuwe overgangsrecht onmiddellijk gaan werken¹⁶ (behoudens voor zover de eerbiediging van verkregen rechten in het geding is of om een andere reden een afwijking van het uitgangspunt van de onmiddellijke werking gewenst is):

- Wettelijke bevoegdheden. Men denke bijv. aan het recht van opschorting, de bevoegdheid tot schuldverrekening en de vele bevoegdheden die een eigenaar en beperkt gerechtigde toekomen. Deze bevoegdheden komen en gaan met de wet die hen schept.
- Werking. Hierbij moet men denken aan die wetsbepalingen die regelen welke feiten tegen een wederpartij of een derde kunnen worden ingeroepen, zoals bijv. art. 3:36 en de artt. 3:24-26 (artt. 3.2.3a en 3.1.2.7-8a).
- Eigenschappen, zoals ondeelbaarheid en hoofdelijkheid van verbintenissen en het roerend en onroerend zijn van zaken (vgl. hetgeen hiervoor is opgemerkt inzake de konijnen-warande).
- Rangorde waarin vorderingen uit de opbrengst van een goed moeten worden voldaan.
- Omschrijvingen (definities).

16. Deze opsomming is ontleend aan de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 27 e.v. Hier zij nog opgemerkt dat de keuze voor onmiddellijke werking bij de opgesomde categorieën niet berust op enige dogmatische grondslag. In de toelichting wordt vermeld dat bij het onderzoek per artikel van de Boeken 3, 5 en 6 en het voorlopig onderzoek van de Boeken 4, 7 en 8 bleek dat onmiddellijke werking in verreweg de meeste gevallen de billijkste en eenvoudigste oplossing biedt. Dit omdat het nieuwe recht juist bij bedoelde categorieën aansluit bij het oude. Waar oud en nieuw recht wel ingrijpend verschillen is voor eerbiediging of uitgestelde werking gekozen. Aldus de memorie van toelichting.

5. GEEN TERUGWERKENDE KRACHT. VOLDONGEN FEITEN

Er is alleen sprake van terugwerkende kracht indien een regel van overgangsrecht bepaalt dat de nieuwe wet werking *ex tunc* toekomt, d.w.z. dat het rechtsgevolg van de nieuwe wet intreedt vóór de inwerkingtreding. Er is dus geen sprake van terugwerkende kracht indien de nieuwe wet *ex nunc* vanaf de inwerkingtreding ingrijpt in bestaande rechtsverhoudingen. Dit laatste wordt nogal eens uit het oog verloren; zo is met name aan de Harmonisatiewet ten onrechte terugwerkende kracht toegedicht¹⁷. Ook het beginsel van de eerbiediging van verkregen rechten wordt nogal eens als uitzondering op terugwerkende kracht gepresenteerd. Hiervoor kwam reeds ter sprake dat dit beginsel veeleer als uitzondering op de onmiddellijke werking gezien moet worden.

Van terugwerkende kracht van de nieuwe wet zelf is ook geen sprake indien de werking van de nieuwe wet *ex nunc* een effect heeft voor de periode vóór de inwerkingtreding. Er is bijvoorbeeld geen sprake van terugwerkende kracht indien een door de nieuwe wet *ex nunc* toegekende bevoegdheid tot vernietiging van een voor 1992 tot stand gekomen rechtshandeling wordt uitgeoefend met het effect dat die vernietiging terugwerkt tot het tijdstip van totstandkoming van de rechtshandeling, d.w.z. tot een tijdstip vóór 1992. Deze „terugwerking” brengt met zich mee dat de situatie weer onder het oude recht is gebracht. Was aan de vernietigde rechtshandeling reeds voor 1992 uitvoering gegeven, dan bepaalt het oude recht waartoe dat leidt; op de ontstane verbintenissen tot ongedaanmaking wordt vanaf 1 januari 1992 het nieuwe recht van toepassing¹⁸.

Terugwerkende kracht moet in het algemeen als ongewenst worden beschouwd. Het nieuwe overgangsrecht kent dan ook slechts zelden die kracht. Een voorbeeld van terugwerkende kracht biedt de in art. 81 Overgangswet geregelde bekrachtiging van rechtshandelingen die onder het oude recht nietig zijn maar wel aan alle geldigheidsvereisten voldoen die het nieuwe recht stelt. Een dergelijke rechtshandeling wordt met terugwerkende kracht als

17. Zie B. C. de Die in zijn bespreking van de dissertatie van G. Knigge, *Delikt en Delinkwent* 19 (1989), blz. 884, eerste gedeelte.

18. Memorie van toelichting, t.a.p., blz. 22, eerste volle alinea.

een geldige aangemerkt mits alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op nietigheid hadden kunnen beroepen, de handeling voorheen als geldig hebben aangemerkt. Men denke hier bijvoorbeeld aan een schenking niet van hand tot hand, die niet notarieel is verleenden. Naar oud recht is een dergelijke schenking nietig, naar nieuw BW geldig. Een nietige vóór de inwerkingtreding van het nieuwe schenkingsrecht verrichte schenking, wordt met de inwerkingtreding van het nieuwe recht met terugwerkende kracht een geldige schenking mits alle onmiddellijk belanghebbenden die schenking ook als geldig hebben aangemerkt¹⁹.

De regel dat de nieuwe wet geen terugwerkende kracht toekomt betekent dat de nieuwe wet in beginsel niet terugkomt op *voldongen feiten*, dat wil zeggen dat een wijziging in de vereisten voor het intreden van een bepaald rechtsgevolg geen invloed meer heeft op het onder de oude wet tot stand gekomen rechtsgevolg. Een onder de oude wet geldig overgedragen vordering geldt na 1 januari 1992 nog steeds als geldig overgedragen ook al is niet voldaan aan de door de nieuwe wet voor een geldige overdracht gestelde vereisten. Ook de vraag of een voor 1 januari 1992 verrichte rechtshandeling geldig of ongeldig is, moet in beginsel alleen naar oud BW beantwoord worden; inwerkingtreding van het nieuw BW kan geen afbreuk doen aan het reeds ingetreden rechtsgevolg van nietigheid of geldigheid²⁰.

Zoals hiervoor bleek maakt de leer van de bekrachtiging van art. 81 Overgangswet in zekere mate een inbreuk op het beginsel der voldongen feiten. Door de bekrachtiging wordt een ongeldige rechtshandeling tot een geldige; daarbij geldt echter de strikte voorwaarde dat alle onmiddellijk belanghebbenden de rechtshandeling steeds als geldig moeten hebben aangemerkt.

6. ONVOLLEDIGE COMPLEXEN VAN RECHTSFEITEN

Wat geldt uit een oogpunt van overgangsrecht voor de zgn. „onvolledige complexen van rechtsfeiten”, d.w.z. voor de gevallen waarin zich nog slechts een deel van de voor het intreden van een rechts-

19. Zie de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 39, onder art. 79.

20. Vgl. de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 23 (vanaf laatste alinea) en blz. 24.

gevolg vereiste feiten heeft verwezenlijkt? Men denke hier bijvoorbeeld aan het geval dat de onrechtmatige daad reeds voor 1 januari 1992 is verricht, maar dat de schade (vereiste voor het intreden van het rechtsgevolg aansprakelijkheid) eerst na 1 januari 1992 intreedt. Men kan ook denken aan het geval dat een goed reeds bij voorbaat is geleverd, maar dat aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid (vereiste voor het intreden van het rechtsgevolg overdracht) eerst na 1 januari 1992 wordt voldaan.

In het systeem van het overgangsrecht geldt dat deze onvollledige complexen van rechtsfeiten, waaraan het oude recht nog geen rechtsgevolgen kon verbinden, vanaf 1 januari 1992 geheel onder het regime van het nieuwe recht komen: de nieuwe wet bepaalt dan aan welke vereisten voldaan moet zijn voor het intreden van rechtsgevolgen. Dit kan betekenen dat andere feiten van belang worden dan onder het oude recht. Wel maakt de regel betreffende de voldongen feiten dat de nieuwe wet niet terugkomt op de geldigheid van onder het oude recht reeds vervulde vereisten; zo kan een levering bij voorbaat overeenkomstig art. 668 oud BW een bestanddeel zijn van een cessie die eerst na 1 januari 1992 wordt voltooid²¹.

De kwalificatie van voor 1 januari 1992 voorgevallen rechtsverschijnselen moet in het systeem van het overgangsrecht ook geschieden naar het oude recht. De vraag of de voor 1 januari 1992 verrichte daad waaruit eerst na die datum schade ontstaat onrechtmatig is, moet worden beantwoord naar oud BW. De aansprakelijkheidsvraag moet worden beantwoord naar nieuw BW nu op 1 januari 1992 nog niet was voldaan aan alle vereisten voor het intreden van het rechtsgevolg aansprakelijkheid²².

7. UITGESTELDE WERKING. EERBIEDIGENDE WERKING (GEEN WERKING)

Hiervoor kwam reeds aan de orde dat de onmiddellijke werking in het nieuwe overgangsrecht slechts een formeel uitgangspunt is en dat steeds voor elke nieuw BW bepaling afzonderlijk is afgewogen of handhaving van het oude recht niet de voorkeur verdient. Bij de daarbij plaatsvindende afweging tussen het belang van integrale

21. Zie de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 22 onder b.

22. Memorie van toelichting, t.a.p., blz. 25, derde alinea.

invoering van het nieuwe BW ter voorkoming van rudimenten van oud recht (onmiddellijke werking) en het belang van partijen bij een ongestoorde voortzetting van hun rechtsverhoudingen (uitgestelde werking of eerbiedigende werking) spelen de volgende factoren een rol²³:

- De mate waarin het nieuwe recht breekt met het oude. Hoe groter de breuk met het oude recht, des te groter de kans dat het vertrouwen op het voortbestaan van de oude toestand wordt geschokt en des te eerder eerbiediging van het oude recht in aanmerking komt. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan het beginsel van eerbiediging van verkregen rechten.
- De duur van de rechtsverhouding waarop het nieuwe recht van toepassing wordt; het geniet veelal de voorkeur bij een kortlopende rechtsbetrekking partijen niet te confronteren met een wijziging van het op hun rechtsbetrekking toepasselijke regime met alle onrust en wellicht onvoorziene problemen van dien; dit verklaart de uitgestelde werking van titel 7.1 voor koopovereenkomsten die voor 1 januari 1992 zijn gesloten.
- De mate waarin het nieuwe recht als praktischer en rechtvaardiger dan het oude kan worden beschouwd. Het ligt voor de hand „beter recht” een ruim toepassingsgebied te geven; dit verklaart waarom titel 7.1 wél van toepassing is op de gevolgen van tekortkomingen die na 1 januari 1992 plaatsvinden t.a.v. voordien gesloten koopovereenkomsten.
- De mate waarin financiële belangen bij de bestaande regeling betrokken zijn. Zijn bij de handhaving van de bestaande regeling ernstige financiële belangen betrokken, dan wordt het oude recht geëerbiedigd; om deze reden is bij pand, hypotheek en borgtocht veelal sprake van eerbiedigende werking.

Bij uitgestelde werking wordt de nieuwe wet op bestaande rechtsverhoudingen eerst een bepaalde termijn na de inwerkingtreding van toepassing; bij eerbiedigende werking wordt de nieuwe wet in het geheel niet van toepassing op bestaande rechtsverhoudingen.

23. Zie de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 21, derde t/m zesde alinea, en vooral ook B.C. de Die, „Overgangsrecht – een herwaardering na vijftig jaar”, t.a.p., blz. 270 e.v. (par. 14).

Bij uitgestelde of eerbiedigende werking wordt de nieuwe wet echter wel direct van toepassing op feiten en rechtstoestanden die na 1 januari 1992 opkomen. De nieuwe wettelijke bepalingen met betrekking tot de koop, waaraan uitgestelde werking is verleend, worden dan ook gewoon vanaf 1 januari 1992 van toepassing op na die datum gesloten koopovereenkomsten. Dat is overigens geen kwestie van overgangsrecht!

8. OVERBRUGGINGSREGELS

Het nieuwe BW kent een aantal overbruggingsregels, d.w.z. regels die een brug tussen oud en nieuw BW vormen. Het gaat hier om de hiervoor reeds ten tonele gevoerde „bekrachtiging”, om „omzetting” en om „de fictie”.²⁴

Bij de fictie kwalificeert men onder de oude wet voorgevallen feiten die niet voldoen aan de door de nieuwe wet voor het intreden van een bepaald rechtsgevolg gestelde vereisten, als feiten die wel aan die vereisten voldoen. Ter illustratie diene hier het volgende voorbeeld. Onder vigeur van het huidige recht zijn vele feiten kenbaar uit in- en overschrijvingen in de openbare registers zonder dat sprake is van inschrijvingen conform de door de nieuwe afdeling 3.1.2 gestelde vereisten. Afd. 3.1.2 verbindt bepaalde rechtsgevolgen aan inschrijvingen die conform de door die afdeling gestelde vereisten zijn geschied. Om nu een brug te slaan tussen het nieuwe recht en de huidige situatie kent art. 78 van de Overgangswet de fictie dat alle feiten die op 1 januari 1992 kenbaar zijn uit in- of overschrijvingen in de registers, gelden als feiten die zijn ingeschreven conform de vereisten van afd. 3.1.2 nieuw BW, tenzij die feiten naar nieuw BW niet meer voor inschrijving vatbaar zijn.

Bij de omzetting wordt een rechtsfiguur naar oud recht omgezet in de rechtsfiguur naar nieuw BW die de oude rechtsfiguur vervangt. Zo wordt de voor 1 januari 1992 verkregen fiduciaire eigendom – die niet door het verbod van art. 3:84, lid 3 (art. 3:4.3.3, lid 3) wordt getroffen – door art. 86 van de Overgangswet omgezet in een bezitloos pandrecht. Dit om te voorkomen dat nog jaren na de

24. Zie de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 16, eerste alinea.

in werking treding fiduciaire eigendommen blijven voortbestaan, waarop oud BW van toepassing is.

De bekrachtiging kwam hiervoor in par. 5 reeds ter sprake in verband met de terugwerkende kracht die aan deze rechtsfiguur eigen is.

9. OPZET NIEUWE OVERGANGSRECHT: ALGEMENE EN BIJZONDERE BEPALINGEN

Het overgangsrecht voor de Boeken 3, 5 en 6 en de in te voeren titels van Boek 7 is opgenomen in het elfde gedeelte van de invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW (wetsvoorstel 18 998)²⁵. Het gaat hier om een *aanvulling* op de reeds in werking getreden *Overgangswet* nieuw BW, die in titel 1 bepalingen van overgangsrecht geeft i.v.m. Boek 1 en in titel 2 i.v.m. Boek 2 BW. Het elfde gedeelte van de invoeringswet zet die indeling in titels voort; aan de titels die de overgangsbepalingen met betrekking tot de nieuw in te voeren Boeken inhouden, gaat een titel (titel 3) met algemene bepalingen betreffende de Boeken 3-8 vooraf.

Het belang van het opnemen van algemene regels van overgangsrecht is daarin gelegen dat zij een duidelijk inzicht in de systematiek van het overgangsrecht kunnen verschaffen, dat zij veel bijzondere regels overbodig maken en dat zij een oplossing kunnen bieden indien de wetgever bij de bijzondere gevallen problemen over het hoofd heeft gezien²⁶. Overigens zijn niet alleen in titel 3 algemene bepalingen van overgangsrecht opgenomen. Ook in de overige titels zijn regels van meer algemene strekking te vinden.

Na titel 3 volgen, zoals gezegd, de overgangsbepalingen m.b.t. de Boeken 3 e.v. Titel 4 bevat de overgangsbepalingen in verband met Boek 3. Titel 5 is voor de overgangsbepalingen i.v.m. het nieuwe erfrecht gereserveerd. De titels 6, 7 en 8 bevatten de overgangsbepalingen in verband met respectievelijk de Boeken 5, 6 en de reeds ingevoerde titels van Boek 7. In de toelichting is steeds,

25. Zie voor een instructief overzicht van de nieuwe Overgangswetgeving M. Reinsma, Nieuw Overgangsrecht, Kwartaalbericht Nieuw BW 1985/2, blz. 41 e.v.

26. Memorie van toelichting, t.a.p., blz. 16, nr. 4, waar ook de nadelen worden opgesomd die aan het opnemen van algemene bepalingen kleven.

zoals reeds eerder opgemerkt, voor alle artikelen van het nieuwe vermogensrecht aangegeven waar vragen van overgangsrecht zijn onderkend en hoe die moeten worden opgelost ook indien daarvoor geen speciale bepaling is geschreven.

Het twaalfde gedeelte van de invoeringswet (wetsvoorstel 19 528) bevat het overgangsrecht voor „de aanpassingswetgeving”; het gaat hier om de aanpassing van de reeds ingevoerde Boeken 1 en 2, de aanpassing van de nog gehandhaafde delen van het oude BW (zoals erfrecht en een aantal bijzondere overeenkomsten) en de aanpassing van de overige wetten (zoals met name het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet) aan invoering van het nieuw BW.

10. ENIGE ALGEMENE BEPALINGEN VAN OVERGANGSRECHT

In titel 3 van de Overgangswet zijn, zoals gezegd, algemene overgangsbepalingen in verband met de Boeken 3-8 nieuw BW opgenomen. Naast art. 68a en art. 69 betreffende respectievelijk de onmiddellijke werking en de eerbiediging van verkregen rechten bevat titel 3 onder meer bepalingen omtrent de aanvang en de duur van verjarings- en vervaltermijnen (de artt. 72, 73 en 73a), een bepaling omtrent het toepasselijke recht in lopende procedures (art. 74) en een zgn. vangnetbepaling (art. 75). De twee eerstgenoemde bepalingen zijn hiervoor reeds aan de orde geweest. De andere bepalingen passeren thans de revue.

De artt. 72, 73 en 73a gaan ervan uit dat bij op 1 januari 1992 lopende verjarings- en vervaltermijnen de nieuwe wet onmiddellijk de oude verdringt zodat de nieuwe wet het tijdstip van aanvang en de duur van de termijn bepaalt en het er niet meer toe doet of onder het oude recht reeds een termijn was aangevangen. Art. 72 is toepasselijk indien de nieuwe wet de duur van de termijn op korter dan een jaar stelt, art. 73 indien de nieuwe wet de duur van de termijn op een jaar of langer stelt. Kort gezegd komt het in hoofdlijnen daarop neer dat voor de korte termijn het nieuwe recht onmiddellijk gaat werken met opschorting van de aanvangsdatum

naar 1 januari 1992 en dat voor de lange(re) termijn het oude recht nog een jaar van kracht blijft²⁷.

Uitgangspunt bij art. 74 is dat ook in de op 1 januari 1992 lopende procedures de regels van overgangsrecht gelden, zodat het nieuw BW terstond, doch alleen voor het vervolg, gaat werken voor zover niet van die onmiddellijke werking is afgeweken door een bijzondere bepaling van overgangsrecht. Art. 74 eerbiedigt echter het oude recht voor de bevoegdheid van de rechter, de aard van het geding en de rechtsmiddelen tegen de uitspraak. Het oude recht blijft ook gelden indien een geding in hoogste feitelijke instantie in staat van wijzen is; hetzelfde geldt voor de behandeling van een cassatieberoep tegen een voor 1 januari 1992 tot stand gekomen uitspraak alsmede voor de behandeling van die zaak na verwijzing door de Hoge Raad, tenzij de zaak opnieuw moet worden behandeld.

De regel dat het nieuwe recht onmiddellijke werking toekomt, betekent overigens voor het overgrote deel der lopende procedures dat het materiële recht niet verandert nu deze procedures betrekking plegen te hebben op feiten uit het verleden die door het nieuwe recht meestal onaangetast blijven, en voorts art. 182 bepaalt – hierna kom ik daarop terug – dat alle gevolgen van een tekortschieten in de nakoming van een verbintenis worden beheerst door oud BW indien dat tekortschieten voor 1 januari 1992 plaats vond²⁸.

Art. 75 bepaalt dat de wetsartikelen van het nieuwe BW ook buiten de in de overgangswet geregelde gevallen buiten toepassing blijven in zaken van overgangsrecht indien de gelijkenis met zulke gevallen daartoe noopt of indien die toepasselijkheid onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Deze bepaling voorziet derhalve in een mogelijkheid tot afwijking van de regel van de onmiddellijke werking op grond van „de gelijkenis” met andere gevallen

27. Memorie van antwoord, t.a.p., blz. 9, vanaf tweede alinea.

28. Zie over art. 74 de memorie van toelichting, t.a.p., blz. 34 e.v. en de memorie van antwoord, t.a.p., blz. 11 e.v. onder art. 74. Zie ook F. B. Bakels, Kwartaalbericht Nieuw BW 1985/2, blz. 56 e.v., par. 8 t/m 11.

waarin is afgeweken van de toepasselijkheid van nieuw BW en op grond van onaanvaardbaarheid van die toepasselijkheid²⁹.

Ook de overige titels van de Overgangswet bevatten bepalingen van algemene strekking. Zo kwam bijvoorbeeld art. 81 (betrachting) reeds aan de orde. Hier wil ik nog wijzen op de belangrijke artikelen 182, 191 en 196.

Art. 182 bepaalt, zoals gezegd, dat *alle* gevolgen van een tekortschieten in de nakoming van een verbintenis worden beheerst door oud BW indien dat tekortschieten vóór 1 januari 1992 plaats vindt. Deze bepaling maakt voor een belangrijk gebied een inbreuk op het uitgangspunt der onmiddellijke werking. Zo blijft bijvoorbeeld ook oud recht van toepassing op de vordering tot vergoeding van de schade die na 1 januari 1992 ontstaat ten gevolge van een eerdere tekortkoming.

Deze inbreuk wordt gerechtvaardigd door het feit dat het nieuwe recht de schuldeiser die aan de wanprestatie gevolgen wil verbinden, ten dele andere gedragsregels voorschrijft dan het oude recht; het is uit praktisch oogpunt ongewenst partijen te dwingen halverwege op een ander stelsel over te stappen. De complicaties die kunnen rijzen door het verschil tussen het oude en het nieuwe recht op het terrein van de wanprestatie-regeling rechtvaardigen met andere woorden de inbreuk op het algemene uitgangspunt van de onmiddellijke werking³⁰.

Op het gebied van de onrechtmatige daad geldt iets dergelijks niet; daarom is *niet* bepaald dat alle gevolgen van onrechtmatig handelen beoordeeld worden naar oud recht indien de onrechtmatige daad voor 1 januari 1992 werd gepleegd³¹.

Art. 191 geeft aan de nieuwe bepalingen van afd. 6.5.3 betreffende algemene voorwaarden, een uitgestelde werking van 1 jaar m.b.t. voorwaarden die op 1 januari 1992 door een partij reeds in haar overeenkomsten worden gebruikt.

29. Bij de parlementaire behandeling is nog eens benadrukt dat het gebruik van de term „onaanvaardbaar” een lichtvaardige toepassing van de derogerende werking verhindert. Zie de minister, n.a.v. een vraag van de vaste commissie van justitie, in de memorie van antwoord, t.a.p., blz. 14 onder art. 75.

30. Aldus uitvoerig de memorie van antwoord, t.a.p., blz. 32 e.v. onder art. 182.

31. Zie de memorie van antwoord, t.a.p., blz. 33 e.v.

Art. 196 verleent de nieuwe bepalingen van titel 7.1 omtrent de koop uitgestelde werking voor koopovereenkomsten die voor 1 januari 1992 zijn gesloten; de nieuwe bepalingen van consumentenkoop wordt zelfs eerbiedigende werking toegekend voor de vóór 1 januari 1992 gesloten consumentenkoop. Titel 7.1 is echter wel van toepassing op de gevolgen van niet nakoming ingeval een der partijen na 1 januari 1992 in de nakoming van een van haar verbintenissen tekort schoot (tenzij dat tekortschieten een voortzetting van een eerder tekortschieten is).

11. TOT BESLUIT

Voor degenen die als Brunner na lezing van het voorgaande „aan overspanning en lichte vormen van waanzin” ten prooi zijn gevallen tot slot een bemoedigend woord: Overgangsrecht is, zoals ook de wetgever zelf opmerkt, slechts „wegwerprecht”.³²

32. Memorie van toelichting, t.a.p., blz. 28, derde volle alinea.

Artikel 196 overgangswet NBW, een al te bijzondere regeling?

*T. W. H. E. Schmitz**

INLEIDING

Zoals hiervoor uiteengezet in de bijdrage van mevrouw C. L. de Vries Lentsch-Kostense bestaat de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek voor een deel uit algemene bepalingen en voor een deel uit bijzondere bepalingen. Een van de bijzondere overgangsbepalingen in verband met Boek 7 is artikel 196. Dit artikel regelt de overgangsrechtelijke situatie ten aanzien van de koopovereenkomst.

Artikel 196 luidt als volgt:

- 1. Op overeenkomsten van koop en ruil die vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet zijn gesloten, wordt titel 7.1 van Boek 7 een jaar na dat tijdstip van toepassing.
- 2. In afwijking van lid 1 worden de bepalingen van titel 7.1 van Boek 7 omtrent consumentenkoop niet van toepassing op een consumentenkoop die vóór dat tijdstip is gesloten.
- 3. In afwijking van de leden 1 en 2 is titel 7.1 van toepassing op de gevolgen van niet nakoming in het geval dat een der partijen na het in werking treden van de wet in de nakoming van een van haar verbintenissen tekortschiet, tenzij dat tekortschieten een voortzetten van een eerdere tekortkoming is. Afdeling 7.1.8 van Boek 7 is van toepassing op het recht van reclame dat na het in werking treden van de wet wordt uitgeoefend; is het voordien uitgeoefend, dan blijft het tevoren geldende recht daarop van toepassing.
- 4. Artikel 7.1.1.5. is slechts van toepassing op de gevolgen van toezending van een zaak die na het in werking treden van de wet geschiedt.

De Die¹ omschrijft als de kern van de overgangsproblematiek de

* Mevr. mr T. W. H. E. Schmitz is rechterlijk ambtenaar in opleiding en momenteel als advocaat werkzaam in het kader van de buitenstage bij Nauta Dutilh te Rotterdam. Zij dankt Mr A. G. Castermans en Mr drs B. C. de Die voor het kritisch doorlezen van het eerste concept.

1. B. C. de Die, *Overgangsrecht – een herwaardering na vijftig jaar*, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1979, blz 256 en 258.

vraag of bij wijziging van rechtsregels een nieuwe regel al dan niet op een geval toepasselijk wordt. Hij onderscheidt tussen (de inhoud van) de rechtsregel zelf en de overgangsregel die de gelding daarvan beheerst. Een overgangsregel bepaalt of, en zo ja, van welke ogenblik af een nieuwe wettelijke regeling op rechtsverhoudingen, etc van toepassing wordt.

In het hiernavolgende zal ingegaan worden op de wijze waarop artikel 196 dit regelt en op de verhouding van artikel 196 tot het algemene vermogensrecht.

WANPRESTATIE

De wetgever hanteert als uitgangspunten voor de Overgangswet de onmiddellijke werking van de wet², het ontbreken van terugwerkende kracht³ en de eerbiediging van verkregen rechten⁴. Het beginsel van de onmiddellijke werking van de wet brengt mee dat vanaf 1 januari 1992 bestaande rechtsverhoudingen beoordeeld dienen te worden naar NBW. Zo bepaalt ook artikel 68a dat de vraag of een zeker rechtsgevolg kan intreden vanaf het uur U beoordeeld moet worden naar de eisen die het NBW aan het intreden van dat rechtsgevolg stelt. Een van de uitzonderingen op deze algemene regel vormt artikel 182: indien een schuldenaar vóór 1 januari 1992 in de nakoming van zijn verbintenis is tekort geschoten, is op de gevolgen van die tekortkoming het NBW niet van toepassing, ook niet indien de tekortkoming na 1 januari 1992 voortgezet wordt.

Onderscheiden dient te worden tussen niet-nakoming en tekortkoming. Onder het begrip tekortschieten vallen alle gevallen waarin

2. Onmiddellijke werking: de nieuwe wet is vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van toepassing op rechtstoestanden, rechtsverhoudingen, enz. die ten tijde van de inwerkingtreding bestaan; M. Reinsma, Nieuw Overangsrecht, Kwartaalbericht NBW 1985, blz 43 en MvT Kamerstukken Tweede Kamer, vergaderjaar 1984-1985, 18998, nr 3, blz 19 e.v.
3. Terugwerkende kracht: de nieuwe regel wordt mede over een periode vóór de inwerkingtreding van die regel van toepassing op bestaande rechten, lopende overeenkomsten, etc. als de rechtsgevolgen van de nieuwe regel al intreden voor deze inwerkingtreding; M. Reinsma, Nieuw Overangsrecht, Kwartaalbericht NBW 1985, blz 44.
4. MvT Kamerstukken Tweede Kamer der Staten-Generaal, vergaderjaar 1984-1985, 18998 nr 3, blz 18 e.v.; B.C. de Die, Overangsrecht – een herwaarde- ring na 50 jaar, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1979, blz 284.

hetgeen de schuldenaar verricht in enig opzicht ten achter blijkt bij hetgeen de verbintenis vergt⁵. Onder het begrip niet-nakoming vallen alle gevallen waarin de schuldenaar geen prestatie verricht⁶. Dit laatste begrip is ruimer dan het begrip tekortschieten. Het onderscheid is met name van belang voor de hierna te bespreken opschortingsrechten.

De vraag wat de inhoud van een verbintenis is, de vraag of er sprake is van een tekortkoming, de vraag naar de eventuele toerekening en naar de verdere gevolgen, bijvoorbeeld wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, afdeling 6.1.9, etc. worden aldus òf naar huidig recht, òf naar NBW beoordeeld.

Dit brengt mee dat deze regeling tot eenheid van toe te passen recht heeft geleid.

ONRECHTMATIGE DAAD

Naar huidig recht kan een handeling die een wanprestatie vormt tevens een onrechtmatige daad opleveren, indien de handeling waardoor de obligatoire verbintenis geschonden wordt tevens een onrechtmatige daad oplevert, die niet uitsluitend bestaat in de schending van die obligatoire verbintenis⁷. Naar NBW moet hetzelfde worden aangenomen⁸.

Ten aanzien van de aansprakelijkheid voor schade voortvloeiend uit een onrechtmatige daad bepaalt artikel 173 – kort gezegd – in hoofdzaak dat beslissend voor de vraag of de oude dan wel de nieuwe wet van toepassing is of de schade vóór of na 1 januari 1992 ontstaan dan wel bekend geworden is.

Wederom is het uitgangspunt van de overgangsrechtelijke regeling dat het NBW vanaf haar invoeringsdatum van toepassing is. De wet vereist het bestaan van bepaalde feiten voor het intreden, c.q. toekennen van zekere rechtsgevolgen. Juist bij een onrechtmatige daad kunnen deze feiten ver in tijd uiteen liggen. De overgangswetgever heeft voor de toepasselijkheid van het huidig

5. Zie bijvoorbeeld C. A. Streefkerk, *Opschortingsrechten en schuldeisersverzuim*, Mon. NBW B-32b, Deventer, 1987, blz 29 e.v.
6. Asser-Hartkamp, *Verbintenissenrecht* 4-I, Zwolle, 1988, blz 216 e.v.
7. HR 9.12.1955, NJ 1956-157; HR 2.12.1983, NJ 1984-367.
8. Asser-Hartkamp, *Verbintenissenrecht* deel III, Zwolle, 1990, blz 8.

BW of het NBW willen aanknopen bij een door hem kenmerkend of opportuun geacht feit: het ontstaan dan wel bekend worden van de schade⁹. Het resultaat van deze regeling is dat op de gehele rechtsbetrekking, op het hele complex van feiten ofwel het huidige BW, ofwel het NBW van toepassing is.

KOOP

Artikel 196 wijkt af van het algemene uitgangspunt van de onmiddellijke werking. Titel 7.1 NBW wordt pas op 1 januari 1993 van toepassing op overeenkomsten van koop en ruil gesloten vóór 1 januari 1992, uitgestelde werking¹⁰. Tot die datum moet het huidige recht op deze beperkte categorie overeenkomsten toegepast worden. Op vóór 1 januari 1992 gesloten overeenkomsten van consumentenkoop wordt het nieuwe recht in het geheel niet van toepassing. Achterliggende gedachte hierbij is dat de meeste koopovereenkomsten in het algemeen slechts kort-lopend zijn. Met het oog hierop heeft de wetgever gemeend te moeten opteren voor uitgestelde werking.

Op deze uitzondering op het uitgangspunt van de onmiddellijke werking maakt artikel 196, derde lid, nog een verdere uitzondering: wanneer een van de partijen na 1 januari 1992 tekortschiet in de nakoming van een van de verbintenissen, is titel 7.1 van toepassing op de gevolgen van deze niet-nakoming, tenzij dit tekortschieten een voortzetten is van een tekortschieten gepleegd vóór 1 januari 1992 (vergelijk artikel 182).

In de Memorie van Antwoord¹¹ stemt de Minister in met de suggestie van de vaste Commissie voor Justitie¹² de regels van titel

9. MvT Kamerstukken Tweede kamer der Staten-Generaal, vergaderjaar 1984-1985, 18998, nr 3, blz 78 e.v.

10. Uitgestelde werking: de nieuwe wet is op bepaalde, op het tijdstip van in werking treden reeds bestaande rechtsverhoudingen pas van toepassing na verloop van een door de wetgever bepaalde termijn, gedurende deze termijn is het oude recht op die rechtsverhoudingen van toepassing (M. Reinsma, Nieuw Overgangsrecht, Kwartaalbericht NBW 1985, blz 46, en MvT Kamerstukken Tweede Kamer, vergaderjaar 1984-1985, 18998, nr. 3, blz 19 e.v.)

11. MvA Kamerstukken Tweede Kamer der Staten-Generaal, vergaderjaar 1988-1989, 18998, nr 5, blz 37.

12. VV Kamerstukken Tweede Kamer der Staten-Generaal, vergaderjaar 1987-1988, 18998, nr 4, blz 17.

7.1 betreffende de gevolgen van niet-nakoming onmiddellijke werking te verlenen. De huidige regeling van de gevolgen van verborgen gebreken bij specieskoop wordt ongewenst beschouwd.

Aldus is de situatie ontstaan dat op koopovereenkomsten, gesloten vóór 1 januari 1992, in de periode van 1 januari 1992 tot 1 januari 1993, het huidige BW toegepast dient te worden voor wat betreft het tot stand komen en de inhoud van de overeenkomst, maar het NBW, titel 7.1 en via deze titel het algemene verbintenissenrecht, van toepassing is op de gevolgen van een eventuele niet-nakoming.

Deze regeling heeft tot gevolg dat de wanprestatieregeling van het oude kooprecht niet langer gehandhaafd blijft. Hier staat echter tegenover dat gedurende een jaar op een bepaalde rechtsbetrekking zowel oud als nieuw recht naast elkaar dienen te worden toegepast. Hierin wijkt de regeling van artikel 196 ook duidelijk af van de regeling van de artikelen 173 en 182.

De overeenkomst van de consumentenkoop, artikel 7.1.1.4 (7:5), is een categorie van koopovereenkomsten die in het huidige recht niet wordt onderscheiden. Overgangsrechtelijk speelt deze categorie in die zin geen rol, dat het tweede lid van artikel 196 bepaalt dat de specifieke NBW-regeling uitsluitend van toepassing is op overeenkomsten gesloten na 1 januari 1992. Op een overeenkomst die naar NBW een consumentenkoop genoemd zou worden, gesloten vóór 1 januari 1992, is het huidige BW en de hierboven uiteengezette regeling van artikel 196, derde lid, van toepassing. Afgezien van de bespreking van de overgangsrechtelijke positie van artikel 7.1.3.7 (7:24), zal de consumentenkoop niet verder afzonderlijk ter sprake komen.

RISICO EN TEKORTKOMING

In het huidige recht wordt onderscheid gemaakt tussen specieskoop, de koop van een geïndividualiseerde zaak, en genuskoop, de koop van een niet-geïndividualiseerde zaak. Bij een specieskoop is het risico van teniet gaan van de zaak voor rekening van de koper vanaf het moment van het sluiten van de overeenkomst. Dit betekent dat wanneer de verkoper bijvoorbeeld door overmacht zijn verplichting tot leveren niet kan nakomen, de koper niet eveneens ontslagen is van zijn verplichting te presteren. Bij genus-

koop gaat dit risico pas over op het moment van individualisering. Dit zal in het algemeen het moment van leveren zijn.

Naar NBW verdwijnt het onderscheid tussen genus- en specieskoop. Ingevolge artikel 7.1.2.2 (7:10) is in het algemeen het risico van een zaak voor de koper vanaf het moment van aflevering. Op dit punt is de regeling van het NBW ten aanzien van de risico-overgang bij specieskoop dus duidelijk afwijkend.

Stel: Op 15 december 1991 verkoopt antiquair B aan de heer Van Z een antieke klok. Zij spreken af dat B deze op 10 januari 1992 zal bezorgen bij Van Z. In de vroege ochtend van 1 januari 1992 brandt het pand waarin de klok hangt uit. Van de klok zijn slechts enige vermoedelijke restanten aangetroffen.

1. Het teniet gaan van de klok valt B niet toe te rekenen.

Uitgaande van het huidig recht is op 15 december 1991 het risico van teniet gaan van de klok op Van Z overgegaan. Vanwege het feit dat de klok door overmacht teniet is gegaan is B ontheven van zijn verplichting te leveren op 10 januari 1992, terwijl Van Z nog wel gehouden is de koopprijs te betalen.

Hoe laat deze situatie zich rijmen met de regeling van de Overgangswet en titel 7.1?

De inhoud van een overeenkomst wordt niet alleen bepaald door datgene wat partijen afspreken, maar ook door het dwingend en regelend recht. Zoals gezegd brengt artikel 196 in dit geval mee dat de inhoud van de overeenkomst naar huidig recht vastgesteld moet worden: het risico van teniet gaan van de klok is op Van Z overgegaan. Door het teniet gaan van de klok op 1 januari 1992 is B op 10 januari 1992 verhinderd te presteren. Deze casus kan op twee manieren worden opgelost. De eerste benadering houdt in dat artikel 69 aanhef en onder a het recht van B op de koopprijs, dat hij immers op 15 december 1991 verkregen heeft, beschermt vanaf 1 januari 1992. Wanneer B op 10 januari 1992 tekortschiet in de nakoming in de zin van artikel 6.1.8.1 (6:75), kan Van Z wel de ontbinding van de koopovereenkomst vragen, maar dit bevrijdt hem niet van de verplichting tot betaling van de koopprijs.

De tweede benadering gaat er vanuit dat artikel 196 een *lex specialis* is ten opzichte van de algemene overgangsbepalingen, waardoor artikel 69 toepassing mist. Op 10 januari 1992 schiet B tekort in de nakoming. Ook al is deze tekortkoming B niet toere-

kenbaar, op grond van artikel 6.5.4.6 (6:265) kan Van Z ontbinding van de koopovereenkomst vragen. Van Z zal van de verplichting tot betaling van de koopprijs ontheven zijn, maar kan geen rechten doen gelden op schadevergoeding. Ingevolge artikel 196 juncto 182 kan in deze situatie titel 7.1 en de algemene wanprestatieregeling toegepast worden.

Welke van deze twee benaderingen de voorkeur verdient hangt af van de wijze waarop de verhouding tussen artikel 196 en de algemene overgangsbepalingen gezien wordt. Zelf tendeer ik er naar artikel 196 als een *lex specialis* aan te merken ten aanzien van de algemene overgangsbepalingen in verband met de Boeken 3-8, gelet op de opbouw van de wet en de functionele onderverdeling van de diverse artikelen in verschillende titels. Hier komt nog bij dat de overgangswetgever er nadrukkelijk voor gekozen heeft het toepassingsgebied van het oude kooprecht zoveel mogelijk in te perken¹³. Toepasselijkheid van artikel 69 naast 196 verdraagt zich hiermee niet goed.

II. Het tenietgaan van de klok valt B toe te rekenen.

Naar huidig recht heeft B niet als een goed huisvader in de zin van artikel 1271 BW gezorgd voor de klok. Hierdoor is het risico voor teniet gaan op B blijven rusten. Wanneer B op 10 januari 1992 niet presteert, schiet hij tekort: Van Z kan ontbinding van de overeenkomst vragen. Van Z is niet verplicht de koopprijs te betalen en heeft bovendien recht op schadevergoeding.

Stel: Cacaohandelaar T verkoopt op 15 december aan Van der L een partij van 20 ton cacaobonen. T zal de bonen op 10 januari 1992 doen bezorgen bij Van der L. Op onder andere deze bonen wordt beslag gelegd op 5 januari 1992, terwijl de voor Van der L bestemde bonen nog niet geïndividualiseerd zijn.

Zowel naar huidig recht als naar NBW berust het risico voor de bonen bij de cacaohandelaar T. Wanneer T op 10 januari 1992 geen cacaobonen levert aan Van der L schiet T tekort in zijn verplichting te leveren: het NBW is van verder toepassing.

13. VV Kamerstukken Tweede Kamer der Staten-Generaal, vergaderjaar 1987-1988, 18998, nr. 4, blz. 17 en MvA, (1988-1989), nr. 5, blz. 37.

(VERBORGEN) GEBREK EN TEKORTKOMING

Het BW en het NBW kennen ieder een totaal verschillende regeling ten aanzien van verborgen gebreken.

Ingevolge artikel 1540 BW is de verkoper gehouden in te staan voor de verborgen gebreken van de verkochte species-zaak. Een verborgen gebrek houdt in dat er sprake is van een verminderde geschiktheid van de zaak voor het feitelijk gebruik waarvoor deze bestemd is. De verkoper hoeft niet in te staan voor de zichtbare gebreken, die de koper zelf had kunnen ontdekken, artikel 1541 BW. Voor gebreken die de verkoper niet kende, moet hij wel instaan, artikel 1542 BW. Toepasselijkheid van deze regeling sluit een beroep op wanprestatie uit. Het beroep op de verborgen-gebreken-regeling moet binnen korte tijd, 6 weken, na het ontdekken van het gebrek, gedaan worden, een vervaltermijn, artikel 1547 BW. Op verkochte genus-zaken is de algemene wanprestatie-regeling van toepassing.

Naar NBW moet de afgeleverde zaak aan de overeenkomst beantwoorden, artikel 7.1.2.7 (7:17). De zaak dient de eigenschappen te bezitten die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Dit is een duidelijk ruimer criterium dan dat van artikel 1540 BW. Wanneer de geleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, moet de koper dit binnen korte tijd na ontdekking melden aan de verkoper, artikel 7.1.3.5 (7:23), eerste lid.

De vraag is nu hoe de toepassing van artikel 196 in het interregnum uitwerkt.

Stel: Op 20 december 1991 spreken C en W, twee particulieren, af dat C W's tweedehands televisie zal kopen. W vertelt C dat de televisie zojuist helemaal nagekeken is door de service-afdeling van de winkel waar W de televisie indertijd gekocht heeft. Op 2 februari 1992 begeeft de televisie het plotseling. Een paar dagen later beklaagt C zich bij W en wil zijn geld terug.

I. De televisie wordt betaald en geleverd op 20 december 1991.

Naar huidig recht is er sprake van een verborgen gebrek en is verkoper W gehouden tot vrijwaring. Ingevolge artikel 1543 BW kan C de televisie aan W teruggeven en de koopprijs terugvorderen of kan C de televisie behouden en een deel van de koopprijs terugvorderen.

Overgangsrechtelijk bezien dient aan de hand van de overeenkomst en het huidige BW vastgesteld te worden wat de wederzijdse verplichtingen van partijen zijn. Wanneer vaststaat dat een partij tekortgeschoten is in de nakoming van een van deze verbintenissen, dient het tijdstip bepaald te worden waarop dit gebeurd is. Er dient vanuit gegaan te worden dat de verkoper tekortschiet op het moment van aflevering van de zaak. Ook al begeeft de televisie het op 2 februari 1992, de tekortkoming in de nakoming vindt plaats op 20 december 1991. Dit betekent dat op grond van artikel 196 het NBW toepassing mist.

II. De televisie wordt geleverd op 5 januari 1992.

In dit geval schiet de verkoper op 5 januari 1992 tekort: de NBW-regeling is van toepassing. De tekortkoming bestaat uit een verbor-gen gebrek, er is sprake van een verminderde geschiktheid van de zaak voor het feitelijk gebruik waarvoor deze bestemd is. Naar NBW brengt dit vanzelf mee dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt.

Moelijkker wordt het wanneer de koper een specieszaak koopt, waaraan een gebrek kleeft dat geen verminderde geschiktheid voor het feitelijk gebruik oplevert, maar evenmin de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten.

Uitgangspunt is, zoals gezegd, dat aan de hand van de overeenkomst en het BW vastgesteld wordt wat de wederzijdse verplichtingen van partijen zijn. Dit brengt mee dat, voor zover niet anders overeengekomen, tussen partijen geldt dat het hierboven bedoelde gebrek geen tekortkoming oplevert. Ingevolge artikel 196 wordt dan de algemene NBW-wanprestatieregeling niet van toepassing.

Stel: Koeltechnisch Installatiebedrijf H verkoopt een gebruikte koelcel en installatie aan C, banketbakker, in december 1991. Bij het openen van de deur van de koelcel valt meteen op dat de rubberen afsluitrand in hoge mate verteerd is. H levert de koelcel en installatie medio februari 1992 af. In de deur van de koelcel zit zoals gebruikelijk een verwarmingselement. Gebruik van de koelinstallatie heeft tot gevolg dat het verwarmingselement in werking treedt en het rubber gaat stinken. C heeft H niet het doel van deze aankoop meegedeeld. Bij gebruik blijkt de stank neer te slaan op de slagroomgebakjes van deze onfortuinlijke banketbakker.

Naar huidig recht is er weliswaar sprake van een verminderde geschiktheid voor het feitelijke gebruik, maar is de verkoper niet

gehouden in te staan voor zichtbare gebreken, die de koper zelf had kunnen ontdekken, artikel 1541 BW. Wanneer de koper niet voldoet aan de op hem rustende onderzoeksplicht¹⁴, heeft dat gevolgen voor het antwoord op de vraag welke hoedanigheden en eigenschappen de koper mocht verwachten. Verkoper H schiet dus niet tekort. Het NBW mist toepassing.

TERMIJNEN

Zoals hierboven al even aangestipt gelden naar huidig recht en naar NBW verschillende soorten termijnen met ieder een verschillende duur¹⁵.

Ingevolge artikel 1547 BW moet een eventuele rechtsvordering betreffende een verborgen gebrek van een specieszaak door de koper binnen 6 weken na ontdekking van het gebrek ingesteld worden. Deze termijn is een vervaltermijn. Bij genuskoop is naar huidig recht de algemene wanprestatieregeling van toepassing. Terzake geldt een verjaringstermijn van 30 jaar.

Artikel 7.1.3.5 (7:23), tweede lid, bepaalt dat rechtsvorderingen en verweren, gegrond op feiten die de stelling zouden rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, verjaren na verloop van twee jaar na de verplichte kennisgeving op korte termijn van de koper aan de verkoper dat de geleverde zaak niet in orde is.

Ingeval een verkoper van een genuszaak vóór 1 januari 1992 wanprestatie pleegt, bepaalt artikel 73 van de Overgangswet dat na een interimperiode van 1 jaar het NBW op nog lopende termijnen, welke naar NBW langer dan 1 jaar duren, van toepassing wordt.

Wanneer de wanprestatie op bijvoorbeeld 20 september 1991 gepleegd wordt, begint op die datum de dan nog 30-jarige verjaringstermijn te lopen. Ingevolge artikel 73 van de Overgangswet

14. HR 15 november 1985, NJ 1986, 213; Ars Aequi 1986, p. 315 met noot J.H. Nieuwenhuis.

15. Het valt buiten de opzet van dit artikel de overgangsrechtelijke regeling inzake de diverse termijnen te bespreken. In dit artikel wordt ermee volstaan de gevolgen van de diverse regelingen voor koopovereenkomsten aan te geven. Zie voor een beschrijving van deze regeling: MvA Kamerstukken Tweede Kamer der Staten-Generaal, vergaderjaar 1988-1989, 18998, nr. 5, blz 8 e.v.

NBW is in de periode van 1 januari 1992 tot 1 januari 1993 het huidige BW nog van toepassing op de verjaringstermijn. Na 1 januari 1993 wordt het NBW van toepassing. Dit brengt mee dat op 20 september 1993 de verjaringstermijn van 2 jaar van artikel 7.1.3.5 (7:23) verlopen is.

Indien de koper van een specieszaak op 20 september 1991 een verborgen gebrek ontdekt, begint op die datum de vervaltermijn van 6 weken te lopen. Na 1 november 1991 komt de koper terzake geen enkel recht toe. Bij volledige toepasselijkheid van het NBW zouden de eventuele vorderingen pas op 20 september 1993 verjaard zijn, er vanuitgaande dat de koper de verkoper op dezelfde datum van het gebrek in kennis gesteld heeft. De Overgangswet verandert niets aan de situatie dat de koper na 1 november 1991 geen rechten meer toekomen, vergelijk artikel 73a, tweede lid.

Ingeval de vervaltermijn op 15 december 1991 zou beginnen te lopen, brengt artikel 196 van de Overgangswet mee dat deze termijn eindigt op 26 januari 1992. De tweejarige verjaringstermijn blijft buiten toepassing.

Wanneer de verkoper na 1 januari 1992 tekortschiet in de hierboven besproken zin, is op de gevolgen hiervan titel 7.1 NBW van toepassing, artikel 196. Het gaan lopen van een verval c.q. verjaringstermijn is een gevolg van het tekortschieten. Derhalve is in deze situatie de tweejarige verjaringstermijn van artikel 7.1.3.5 (7:23) van toepassing.

DE EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

Naar huidig recht wordt uit de artikelen 1514 en 1550 BW afgeleid dat wanneer een van de partijen een op hem rustende verplichting niet nakomt, de andere partij een beroep kan doen op deze niet-nakoming teneinde de nakoming van de eigen verplichtingen op te schorten.

Het NBW geeft in Boek 6, afdeling 6.1.6A en afdeling 6.5.4 een algemene regeling van de opschortingsbevoegdheid bij niet-nakoming. Artikel 7.1.3.3 (7:22) verklaart deze regeling ook van toepassing op koopovereenkomsten.

De wetgever ziet de bevoegdheid tot het inroepen van een exceptie niet als een gevolg van tekortkoming, maar als een bevoegdheid die van de aanvang af bestaat en blijft bestaan, zolang

de wederpartij niet nakomt¹⁶. Zoals hierboven al aangegeven moet het begrip „niet-nakoming” ruimer opgevat worden dan het begrip „tekortkoming”. Artikel 180 houdt in dat de wet van haar inwerking treden af bepaalt of een bevoegdheid tot opschorting van de nakoming van een verbintenis, een retentierecht daaronder begrepen, bestaat.

Artikel 180 juncto 196 brengen het volgende mee: wanneer de koopovereenkomst vóór 1 januari 1992 is gesloten en de niet-nakoming van een verplichting eveneens vóór die datum plaats vindt, is de regeling van het huidige recht van toepassing.

Wanneer de koopovereenkomst vóór 1 januari 1992 is gesloten en de tekortkoming vindt plaats vóór 1 januari 1993 is de NBW-regeling van toepassing. Wanneer het in deze situatie niet gaat om een geval van tekortkoming, maar om een geval van niet-nakoming is de nieuwe regeling niet van toepassing, maar het huidig recht. De crediteur kan de NBW-regeling toepasselijk doen worden door de debiteur een termijn te stellen, waardoor de vordering opeisbaar wordt en er sprake is van een tekortkoming.

Op koopovereenkomsten gesloten na 1 januari 1992 en vanaf 1 januari 1993 op alle overige koopovereenkomsten, met uitzondering van de consumentenkoop gesloten vóór 1 januari 1992, is de NBW-regeling in volle omvang van toepassing.

Deze verschillen in toepasselijkheid worden veroorzaakt door de omstandigheid dat artikel 196, derde lid, spreekt van „tekortschieten”.

RECHT VAN RECLAME

Op een aantal punten verschilt de inhoud van het recht van reclame naar huidig recht en naar NBW. Ingevolge artikel 1191 BW moet het reclamerecht binnen 30 dagen na de aflevering worden uitgeoefend. Naar NBW vervalt het reclamerecht na verloop van 6 weken nadat de vordering tot betaling van de koopprijs opeisbaar geworden is, of na 60 dagen vanaf de dag waarop de zaak onder de koper of onder een ander is opgeslagen, artikel 7.1.8.7 (7:44).

16. MvT Kamerstukken Tweede Kamer der Staten-Generaal, vergaderjaar 1987-1988, 18998, nr 3, blz. 87.

Het derde lid van artikel 196 van de Overgangswet NBW bepaalt dat op elke uitoefening van het reclamerecht ná 1 januari 1992 afdeling 7.1.8 van toepassing is¹⁷. Op elke uitoefening van het reclamerecht vóór 1 januari 1992 is het huidige recht van toepassing.

TOEZENDING VAN EEN ZAAK

Artikel 7.1.1.5 (7:7) NBW geeft een consumentvriendelijke regeling met betrekking tot het ongevraagd toezenden van allerlei zaken. Het vierde lid van artikel 196 brengt mee dat deze regeling pas van toepassing is op de gevolgen van een dergelijke toezending, die na 1 januari 1992 geschiedt. Gelet op de door de Hoge Raad gehanteerde ontvangsttheorie dient het woord „geschiedt” aldus geïnterpreteerd te worden dat de regeling geldt voor iedere (ongevraagd) toegezonden zaak, die na 1 januari 1992 ontvangen wordt.

BIJZONDERE AANSPRAKELIJKHEID CONSUMENTENKOOP

De artikelen 7.1.3.7 (7:24) en 7.1.3.9 (7:25) geven een bijzondere, dwingendrechtelijke, regeling voor de aansprakelijkheid en het regresrecht in geval van een consumentenkoop. Het tweede lid van artikel 196 bepaalt dat de bepalingen van titel 7.1 niet van toepassing zijn op een consumentenkoop gesloten vóór 1 januari 1992. Het derde lid van artikel 196 maakt hierop uitdrukkelijk een uitzondering: „in afwijking van de leden 1 en 2”. De wetstekst lijkt dus duidelijk te zijn. Vanaf 1 januari 1992 zijn op koopovereenkomsten die aangemerkt kunnen worden als een consumentenkoop, gesloten vóór 1 januari 1992, in geval van tekortschieten ook de specifieke bepalingen van artikel 7.1.3.7 (7:24) en 7.1.3.9 (7:25) van toepassing.

CONCLUSIE

Zoals uit het bovenstaande blijkt is artikel 196, derde lid, een overgangsregel die meebrengt dat gedurende een korte periode de caesuur voor toepasselijkheid van BW dan wel NBW als het ware

17. Kamerstukken Tweede Kamer der Staten-Generaal, vergaderjaar 1988-1989, 18998, nr 5, blz 37.

ware halverwege een rechtsbetrekking ligt: de inhoud van de wederzijdse verbintenissen wordt naar huidig recht vastgesteld, de afwikkeling van een eventuele niet-nakoming gebeurt naar NBW. Bij koopovereenkomsten met betrekking tot genuszaken levert dit weinig problemen op, omdat hier sprake is van een relatief grote mate van continuïteit tussen BW en NBW. De problemen ontstaan bij koopovereenkomsten met betrekking tot specieszaken.

Stein¹⁸ heeft tegen de aanvankelijke redactie van artikel 196, welke uitging van een algehele uitgestelde werking van 3 jaar, onder andere de volgende bezwaren geformuleerd:

1. De Overgangswet is hier in strijd met haar uitgangspunt van de onmiddellijke werking aan de nieuwe wet. Het obsoleete karakter van het oude kooprecht rechtvaardigt deze handhaving niet.

2. Het is volstrekt ongerijmd om in de periode van 1 januari 1992 tot 1 januari 1995 nieuw, algemeen vermogensrecht naast oud kooprecht te moeten toepassen (bijvoorbeeld: wanprestatie, onrechtmatige daad, versus de verborgen gebrekenregeling). De eenheid van het op een rechtsverhouding toe te passen recht dient gehandhaafd te blijven.

In het voorlopig verslag van de Vaste Commissie voor Justitie wordt aandacht gevraagd voor deze kritiek van Stein¹⁹. Hierop is de huidige redactie van artikel 196 voorgesteld. In hoeverre is deze kritiek thans nog relevant?

De samenloopregeling met de onrechtmatige daad zal vermoedelijk weinig problemen opleveren: ook naar huidig recht kan de bijzondere regeling voor koopovereenkomsten ontlopen worden door zo mogelijk te kiezen voor een actie uit onrechtmatige daad. Naar NBW zijn bovendien de gevolgen van een onrechtmatige daad en de gevolgen van niet-nakoming van een wederkerige verbintenis zoveel mogelijk op gelijke wijze geregeld. De overgangsrechtelijke regeling ten aanzien van de gevolgen van tekortschieten, artikel 182, en van tekortschieten in het kader van een koopovereenkomst, artikel 196, lopen qua toepasselijk recht synchroon.

18. H. Stein, Rechtsvinding overgangsrecht privaatrecht, pre-advies, Handelingen 1985 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel I, eerste stuk, Zwolle, 1985, blz 100 e.v.

19. VV Kamerstukken Tweede Kamer der Staten-Generaal, vergaderjaar 1987-1988, 18998, nr. 4, blz 17.

Een van de uitgangspunten van de Overgangswetgever is de onmiddellijke werking van het NBW. De wetgever heeft gemeend koopovereenkomsten hiervan te moeten uitsluiten vanwege de in het algemeen korte looptijd van deze overeenkomsten. De ongewenst geachte consequenties van deze uitgestelde werking zijn verzacht door op de gevolgen van tekortschieten in de periode 1 januari 1992 – 1 januari 1993 het NBW van toepassing te verklaren. Er wordt een uitzondering gemaakt voor wat betreft de gewenst te achten eenheid van toe te passen recht. Aldus is uitzondering op uitzondering gestapeld. Niet verwonderlijk leidt dit – met name bij specieskoop – tot problemen. De aanpassing van artikel 196 heeft de kritiek van Stein niet geheel kunnen wegnemen. Er is geen sprake van eenheid van op een rechtsverhouding toe te passen recht. De hierboven geschetste problemen overziende dringt zich de vraag op waarom niet „gewoon” gekozen is voor onmiddellijke werking van titel 7.1 op een wijze aanloog aan artikel 182, aangezien op de gevolgen van tekortschieten na 1 januari 1992 reeds titel 7.1 en het algemene vermogensrecht van toepassing is.

Buitengerechtelijke vernietiging en ontbinding

*J. P. Jordaans**

1. INLEIDING

Vergelijkt men de regelingen in het NBW inzake de vernietiging van rechtshandelingen en de ontbinding van wederkerige overeenkomsten met die van het huidig recht, dan kan als een van de kenmerken van het NBW het terugdringen van de noodzaak tot het inschakelen van de rechter worden gesignaleerd¹.

In tegenstelling tot de overeenkomstige regeling in het BW, dat rechterlijke tussenkomst bij ontbinding voorschrijft (artikel 1302 tweede lid) en bij vernietiging in sommige gevallen de buitengerechtelijke weg open laat², in andere gevallen rechterlijke tussenkomst dicteert³ biedt het NBW (uitzonderingen daargelaten)⁴ de keuze aan de justitiabelen tussen het uitbrengen van een buitengerechtelijke ontbindings- of vernietigingsverklaring, en het vragen van een rechterlijke uitspraak tot ontbinding of vernietiging.

* Mr J. P. Jordaans is als universitair docent verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit te Leiden.

1. Aldus ten aanzien van titel 2 van boek 3 NBW: P. van Schilfgaarde: Nietigheden in 3.2 NBW volgens de invoeringswet; WPNR 5621 (1982), blz. 550.
2. Bijvoorbeeld de artikelen 89 en 90 van boek 1 BW; artikel 1377 BW; artikel 42 (N)Fw; artikel 9 BBA 1945.
3. Bijvoorbeeld de vernietiging wegens handelingsonbekwaamheid of wilsgebreken: artikelen 1482 en 1485 BW.
4. Artikel 50 tweede lid van boek 3 NBW (voorheen artikel 3.2.14 tweede lid) schrijft rechterlijke tussenkomst voor bij vernietiging van rechtshandelingen met betrekking tot een registergoed, die reeds aanleiding hebben gegeven tot inschrijving in de openbare registers of een tot levering van een registergoed strekkende akte; MvT IW, TK 17496, nr. 3, blz. 26.
In de vaststellingswet was bij bepaalde gevallen van gedeeltelijke ontbinding rechterlijke tussenkomst voorgeschreven, maar deze regels – de leden twee en drie van artikel 270 van boek 6 NBW (6.5.4.10) – zijn bij de invoeringswet geschrapt; NvW IW, TK 17541, nr. 4, blz. 17.

Het NBW noemt zelfs telkens als eerste mogelijkheid (bij wijze van hoofdregel)⁵ de buitengerechtelijke weg, gevolgd door de bepaling dat de ontbinding c.q. vernietiging ook door een rechterlijke uitspraak kan worden teweeggebracht⁶. Bij de regeling van de ontbinding en de vernietiging lijkt de wetgever het inschakelen van de rechter dus minder noodzakelijk te achten dan voorheen.

Dit opstel behelst een onderzoek naar deze wijziging en de overwegingen die daaraan ten grondslag liggen. Daartoe worden in § 2 de argumenten besproken die gedurende de totstandkoming van de stelselwijziging door voor of tegenstanders zijn aangevoerd. Daarbij wordt een indeling in vier rubrieken gehanteerd, al naar gelang het soort van bezwaren dat naar aanleiding van de stelselwijziging naar voren is gebracht. Achtereenvolgens worden besproken: argumenten ontleend aan de praktijk, argumenten gericht op aspecten van rechtszekerheid c.q. rechtseenheid en enkele overige argumenten. Vervolgens wordt onderzocht in hoeverre het genoemde „tweewegen-stelsel” van het NBW inzake ontbinding c.q. vernietiging een verandering inhoudt ten opzichte van de situatie onder het huidig recht (§ 3). In de vierde paragraaf tenslotte wordt nader ingegaan op de vorm van de buitengerechtelijke verklaring.

2. ARGUMENTEN VOOR EN TEGEN DE MOGELIJKHEID TOT BUITENGERECHTELIJKE Vernietiging OF ONTBINDING

A. *Praktische argumenten.*

Verwerping van de mogelijkheid tot buitengerechtelijke vernietiging of ontbinding is dikwijls gemotiveerd met de redenering, dat bij onenigheid tussen partijen toch de rechter zal worden benaderd⁷

5. MvA II, Parlementaire Geschiedenis Boek 6 NBW, blz. 1010. Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1085; Van Schilfgaarde, a.w., blz. 552.
6. Artikel 49 van boek 3 NBW (3.2.13) NBW luidt: Een vernietigbare rechtshandeling wordt vernietigd hetzij door een buitengerechtelijke verklaring, hetzij door een rechterlijke uitspraak.
Artikel 267 van boek 6 NBW (6.5.4.8) luidt: (1) De ontbinding vindt plaats door een schriftelijke verklaring van de daartoe gerechtigde; (2) Zij kan ook op zijn vordering door de rechter worden uitgesproken.
7. Jac. Hijma: Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen; dissertatie Leiden 1988; nr. 4.07, blz. 131-132, die deze redenering terecht verwerpt.

en dat deze „omweg” beter kan worden vermeden door rechterlijke tussenkomst verplicht te stellen. Dit argument kan als volgt worden weerlegd: indien al de wetmatigheid van het benaderen van de rechter bij onenigheid realiteit⁸ is, mag dit er nog niet toe leiden tussenkomst van de rechter dan maar in alle gevallen (dus ook die, waarin geen onenigheid bestaat) voor te schrijven. Het facultatief bieden van de rechterlijke weg is voldoende.

Voor het antwoord op de vraag, welke weg de belanghebbende het beste kan kiezen, kan het feit dat toch een veroordeling van de wederpartij nodig is, bijvoorbeeld tot schadevergoeding, ongedaanmaking, ontruiming of gedeeltelijke nakoming, wel van belang zijn: de rechterlijke weg ligt dan voor de hand⁹. Hetzelfde geldt in gevallen, waarin hij de kans dat de wederpartij met de buitengerechterlijke weg genoegen neemt, kleiner inschat dan de kans, dat deze de verklaring in rechte zal betwisten.

Door voorstanders van een systeem waarin uitsluitend is voorzien in de rechterlijke weg, wordt nog gewezen op de mogelijkheid, in eenvoudige gevallen te ontkomen aan rechterlijke interventie door het sluiten van een liberatoire overeenkomst tussen partijen¹⁰. Dit biedt echter geenszins een volwaardig alternatief voor de buitengerechterlijke verklaring. Ten eerste is de belanghebbende voor het sluiten van een liberatoire overeenkomst, anders dan voor het uitbrengen van een buitengerechterlijke verklaring, afhankelijk van de wederpartij. Ten tweede kan met een liberatoire overeenkomst, met name indien een grond tot vernietiging van de rechtshandeling voor ligt, niet altijd eenvoudig hetzelfde worden bereikt als met een vernietigingsverklaring, die met terugwerkende kracht het reeds gepresteerde onverschuldigd maakt¹¹.

Het meest voor de hand liggende argument dat pleit voor het

8. Deze „wetmatigheid” is bovendien ontleend aan ervaringen met het huidige systeem, waar in veel gevallen inderdaad de rechter werd ingeschakeld omdat dit nu eenmaal de enige methode was. Biedt men de belanghebbende daarnaast de buitengerechterlijke weg, dan zou best wel eens kunnen blijken dat hij daarvan ook in gevallen waarin onenigheid bestaat, veelvuldig en succesvol gebruik maakt.

9. Asser/Hartkamp II, Zwolle 1989; nr. 518, blz. 480.

10. Hijma, a.w., nr. 4.07, blz. 132, inclusief weerlegging van dit argument.

11. Hijma, a.w., nr. 4.07, blz. 132-133.

nieuwe stelsel is wel, dat het de belanghebbende een gemakkelijke en goedkope manier biedt zijn rechtsverhouding met de wederpartij af te wikkelen, zonder hem te dwingen tot een gerechtelijke procedure waarvan hij de risico's en kosten niet kan inschatten¹². Opmerkelijk is, dat dit argument – in tegenstelling tot vrijwel alle overige argumenten – nauwelijks serieuze bestrijding heeft ondervonden. Het belang van deze voordelen wordt bovendien nog vergroot, door ze te plaatsen in het kader van de praktijk van het handelsverkeer c.q. de consumentenbescherming¹³. Juist met het oog op de belangen die in deze situaties een rol spelen, zal het van groot nut zijn, met name voor de mogelijkheid tot ontbinding, dat een eenvoudige regeling voorligt om een ongewenste rechtsverhouding te beëindigen¹⁴.

Het enige bezwaar dat naar aanleiding van deze voordelen is geformuleerd, betreft het aantal te voeren procedures in het nieuwe stelsel ten opzichte van de huidige regeling. Als de belanghebbende de mogelijkheid krijgt zelf op eenvoudige wijze ontbinding c.q. vernietiging te veroorzaken, zal dit, aldus deze kritiek¹⁵, in meer gevallen leiden tot een dergelijke actie, waar in het huidige stelsel wellicht een schikking was verkozen. Stellig kan het verplicht stellen van rechterlijke tussenkomst werken als een rem op de neiging, ontbinding of vernietiging te kiezen, en zo

12. Zie onder andere: Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1085; MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 1010; Advies RvS, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 223; Hijma, a.w., nr. 4.07, blz. 131.
13. Met het oog hierop is in artikel 236 aanhef en sub b van boek 6 NBW (6.5.2A.3) – de zogenaamde „zwarte lijst” – bepaald, dat een beding in algemene voorwaarden dat de bevoegdheid tot ontbinding uitsluit of beperkt, als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt in de zin van artikel 233 aanhef en sub a van boek 6 NBW (6.5.2A.2a) en dus vernietigbaar is. Hieronder valt ook de uitsluiting van de buitengerechtelijke ontbindingsmogelijkheid. Zie Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1077, waarin verwijzing naar MvT Ontwerp IW Boeken 3-6 NBW (tweede gedeelte) (algemene voorwaarden).
14. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 1010; Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1085.
15. TM Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 1014-1015. Zie ook P.W. Kamphuisen: Het nieuwe BW: Is voor ontbinding van een wederkerige overeenkomst wegens wanprestatie tussenkomst van de rechter wenselijk? WPNR 4281 (1953), blz. 65.

bewerken dat de belanghebbende zich in plaats daarvan schikt in het voortbestaan van de overeenkomst c.q. rechtshandeling. Dat dit voor sommige rechtsverhoudingen zoals bijvoorbeeld het huwelijk¹⁶ van groot belang zal zijn, kan niet worden ontkend. Het zou mijns inziens echter te ver gaan, dit voor alle gevallen van vernietiging of ontbinding als argument te hanteren tegen de buitengerechterlijke weg. Integendeel, tenzij zwaarwichtige belangen zich daartegen verzetten, moet beëindiging of wijziging van een ongewenste rechtsverhouding mogelijk zijn zonder daartoe op de rechter te zijn aangewezen. Behalve op de hiervoor genoemde argumenten zou deze regel kunnen worden gebaseerd op het beginsel van consensualisme. Immers, nu het in principe eenieder vrij staat te contracteren zoals hij dat verkiest, moet het ook mogelijk zijn zelf de wijze te kiezen waarop, indien het objectieve recht daarvoor een grondslag biedt, de ontstane rechtsverhouding beëindigd zal worden.

Het is overigens nog een open vraag, of het aantal procedures door invoering van het nieuwe stelsel zal toenemen. Tegelijkertijd zal van het nieuwe stelsel namelijk een procedure-reducerende invloed uitgaan, nu in duidelijke gevallen niet meer onnodig geprocedeerd behoeft te worden, maar eenvoudig voor een buitengerechterlijke afwikkeling kan worden gekozen. Het lijkt mij ten enen male onmogelijk te voorspellen, of het aantal processen zal toenemen omdat in plaats van een schikking, een buitengerechterlijke verklaring wordt uitgebracht die vervolgens eventueel in een procedure betwist wordt, of dat het aantal procedures zal afnemen omdat in eenvoudige gevallen waar geen schikking plaatsvindt, een buitengerechterlijke verklaring volgt die door de wederpartij wordt geaccepteerd zodat een proces wordt bespaard.

Vast staat in ieder geval, dat met het nieuwe stelsel een aantal gevallen van rechterlijke tussenkomst zal wegvallen en worden vervangen door een buitengerechterlijke verklaring die niet door de wederpartij wordt betwist. Of door verschuivingen in de processuele houding van belanghebbenden het aantal

16. Aldus D. C. Fokkema: Nietigheden in het privaatrecht; Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1971, blz. 285.

procedures per saldo toch zal toenemen, is niet te voorzien. Daar komt nog bij, dat verwachtingen over de kosten van een bepaald in te voeren stelsel in vergelijking met het bestaande, mijns inziens pas als argument van betekenis mogen worden gehanteerd als vaststaat, dat daar geen overwegende bezwaren tegenover staan, zoals bijvoorbeeld op het gebied van rechtszekerheid. Zo bezien lijkt het argument met betrekking tot het aantal procedures hooguit van secundair belang¹⁷.

B. Rechtszekerheid.

Een veel voorkomende redenering tegen de mogelijkheid van de buitengerechtelijke verklaring is dat, nu de rechterlijke tussenkomst er toe dient om uit te maken of de belanghebbende werkelijk recht heeft op ontbinding of vernietiging, de rechtszekerheid in gevaar komt wanneer de rechter er niet meer noodzakelijkerwijs aan te pas komt. Ten aanzien van ontbinding komt daar nog bij, dat slechts de rechter kan beoordelen of de wanprestatie de ontbinding kan rechtvaardigen, alsmede of er redenen zijn tot uitstel in de vorm van een „terme de grâce¹⁸”. In het algemeen ligt de rechtsonzekerheid vooral hierin, dat de buitengerechtelijke verklaring alleen „werkt” voorzover er een grond tot ontbinding c.q. vernietiging bestaat, en dat is in ingewikkelde gevallen niet altijd even duidelijk¹⁹.

Naar aanleiding van dit argument kan het volgende worden opgemerkt. In het algemeen bestaat onzekerheid alleen, als een beroep op ontbinding of vernietiging dat door de ene partij gegrond wordt geacht, door de andere partij niet wordt aanvaard.

Ten aanzien van de ontbinding moet bovendien worden bedacht dat de rechtszekerheid, waarvoor artikel 1302 BW

17. Zie ook Kamphuisen, a.w., blz. 65.

18. Het komt overigens zelden voor dat de rechter van deze bevoegdheid gebruik maakt. Zie TM Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 1014, vraagpunt 20.

19. Zie o.a.: Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1076; Hijma, a.w., nr. 4.07; TM Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 1019 en 1020 ten aanzien van moeilijke gevallen van gedeeltelijke ontbinding, waarvoor de leden twee en drie van artikel 270 van boek 6 NBW aanvankelijk rechterlijke tussenkomst voorschreven. Deze leden zijn bij de IW geschrapt. Zie ook noot 4.

rechterlijke tussenkomst voorschrijft, niet beoogd wordt in het belang der maatschappij, maar alleen in het belang van partijen²⁰. Nu partijen van dit voorschrift mogen afwijken door een annulerings- of uitsluitingsclausule (zie hierna § 3B) kunnen zij derhalve deze rechtszekerheid „inruilen” tegen een vlotte en goedkopere afwikkeling van hun onderlinge verhouding²¹.

Dat partijen er verstandig aan doen in moeilijke gevallen de rechter te benaderen, rechtvaardigt nog niet het steeds verplicht stellen van die rechterlijke weg. In ingewikkelde situaties, waar niet bij voorbaat duidelijk is dat er een ontbindings- of vernietigingsgrond bestaat, kan de belanghebbende in het nieuwe stelsel de in zijn belang gestelde rechtszekerheid verhogen, door te kiezen voor rechterlijke tussenkomst.

Zo bezien voorziet ook het nieuwe stelsel in de behoefte aan rechtszekerheid, en wel op een flexibele manier: in de mate waarin partijen dat wensen. Rechtszekerheid „van rechtswege” wordt vervangen door rechtszekerheid „op maat” naar partijbehoefte.

Of het nieuwe stelsel evenveel rechtszekerheid biedt als het oude²², staat mijns inziens nog te bezien. Telkens wanneer de buitengerechtelijke weg wordt gekozen in gevallen waarin twijfelachtig is of de wederpartij zich hiermee kan en zal verenigen, zal gedurende enige tijd onzekerheid bestaan over de definitieve werking van de verklaring. De rechtszekerheid zal waarschijnlijk per saldo dalen. Dat is dan echter de keuze van de belanghebbende geweest. Kiest hij voor de eenvoud, snelheid en kostenbesparing van de buitengerechtelijke verklaring in plaats van rechtszekerheid, dan kan hij kennelijk met die onzekerheid leven. Komt zijn verwachting niet uit (de buitengerechtelijke verklaring wordt gevolgd en gecorrigeerd door ingrijpen van de

20. Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1077, waarin verwijzing naar HR 7 februari 1902, W.7720. Zie ook Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 517a, blz. 475-476.

21. Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1077 waarin verwijzing naar Asser/Van Goudoever, blz. 235.

22. Zoals Hijma ten aanzien van de nieuwe vernietigingsregeling lijkt aan te nemen: Hijma, a.w., nr. 4.07, blz. 132.

rechter), dan heeft hij dat te danken aan zijn eigen, verkeerde keuze en zal hij in het vervolg voorzichtiger moeten zijn.

Dat rechtszekerheid overigens een moeilijk richtsnoer kan zijn in de discussie over de wenselijkheid van de buitengerechtelijke verklaring, wordt treffend geïllustreerd door de parlementaire discussie over het tweede lid van artikel 50 van boek 3 NBW (voorheen artikel 3.2.14 NBW). In deze bepaling was in het Oorspronkelijk Ontwerp en in het Gewijzigd Ontwerp een vrij omvangrijke uitzondering op de hoofdregel (vernietiging kan buitengerechtelijk geschieden) geformuleerd. Bij de Invoeringswet werd zowel deze uitzondering, als de wijziging daarvan in de veel geringere inbreuk van de Invoeringswet gemotiveerd met argumenten van rechtszekerheid²³.

Tenslotte kan er nog op worden gewezen, dat een stelsel waarin door middel van een buitengerechtelijke verklaring kan worden vernietigd c.q. ontbonden, de rechtszekerheid ook op een andere manier dient. Een buitengerechtelijke verklaring behelst namelijk een duidelijke uitspraak van de belanghebbende, waarop niet meer eenzijdig kan worden teruggekomen. In een stelsel waarin slechts door middel van het instellen van een rechtsvordering kan worden vernietigd c.q. ontbonden, bestaat deze duidelijkheid niet, omdat een reeds ingestelde rechtsvordering nog kan worden ingetrokken en gevolgd door een vordering tot nakoming²⁴.

C. Rechtseenheid.

Ter rechtvaardiging van het twee-wegen-stelsel van het NBW wordt gewezen op het feit, dat aldus een betere aansluiting wordt bereikt met de benadering van ontbinding en vernietiging in het huidige recht, met name in wetgeving, rechtspraak en in de ons omringende rechtsstelsels²⁵.

23. MvT IW, TK 17496, nr. 3, blz. 25-27. Zie voor een bespreking van deze parlementaire discussie: Hijma, a.w., nr. 4.06 en 4.13.

24. MvT IW 17496, nr. 3, blz. 26. In gelijke zin: Van Schilfgaarde, a.w., blz. 552.

25. Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1037 en 1079; HR 18 december 1953, NJ 1954, 65 (Krautien/Concertgebouw); Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 518, blz. 479; MvT IW, TK 17496, nr. 3, blz. 25.

De huidige wetgeving kent inderdaad gevallen waarin rechterlijke tussenkomst niet vereist is voor ontbinding²⁶ of vernietiging²⁷. Het nieuwe stelsel, waarin de rechterlijke weg niet verplicht is gesteld, sluit daarbij in zoverre aan. Daar staat tegenover, dat het huidig recht weliswaar beide mogelijkheden kent, maar dat deze niet voor een en dezelfde rechtshandeling facultatief bestaan²⁸. Bovendien kent ons huidig recht ook vele wetsbepalingen, die rechterlijke tussenkomst bij ontbinding²⁹ of vernietiging³⁰ dwingend voorschrijven. Hoewel moet worden toegegeven, dat bij vernietiging sinds HR 18 december 1953³¹ de buitengerechterlijke weg in theorie als hoofdregel (zie hierna § 3A) geldt, blijft de rechterlijke weg voor de in de praktijk belangrijke groep van vernietigingen wegens handelingsonbekwaamheid of wilsgebreken dwingend voorgeschreven. In zoverre is de aansluiting bij het huidige recht dus slechts relatief.

Wat betreft de internationale rechtseenheid wordt gewezen op het Angelsaksische, Scandinavische en Duitse recht met betrekking tot ontbinding³², alsmede op het Duitse en Zwitserse recht voor de aansluiting met de vernietigingsregeling³³, waar rechterlijke tussenkomst in het algemeen evenmin is vereist. Het

26. Bijvoorbeeld artikelen 1191 BW e.v.; 1554, 1639o BW; 37-40 en 236-239 Fw; 24-26, 30, 32, 41, 43-45, 51, 52 derde lid, 55, 61 tweede lid, 62, 66, 67 en 75-81 LUVI; 230, 458, 463, 518s-t, 519, 533w tweede lid, 533, 796, 800 tweede lid en 882 WvK; 25 Colportagewet.

27. Artikelen 89 en 98 van boek 1 BW; 1377 BW; 42 (N)Fw; 6 jº 9 BBA 1945.

28. A. R. Bloembergen: Gebrekkige rechtshandelingen in het Gewijzigd Ontwerp Boek 3 NBW (artikelen 3.2.6-3.2.21); WPNR 5190 (1972), blz. 428 ten aanzien van vernietiging. Ook bij ontbinding bestaat er geen blijvende keuze-vrijheid. Tenzij partijen contractueel anders overeenkomen, geldt de gerechtelijke weg. Zie § 3B van dit opstel.

29. Bijvoorbeeld bij ontbinding van de pachtovereenkomst (artikelen 56 en 57 Pachtwet); ontbinding van de huurovereenkomst van woonruimte (artikelen 1623n, 1636 en 1639x BW); artikel 11 Tijdelijke wet huurkoop van onroerende zaken; artikelen 25, 26, 30, 61 en 62 LUVI; Zie ook Contractenrecht VI (Grootveld), nrs. 1037 en 1078.

30. Bijvoorbeeld de belangrijke gevallen van vernietiging wegens handelingsonbekwaamheid of wilsgebreken, artikelen 1482 en 1485 BW.

31. NJ 1954, 65 (Krautien/Concertgebouw).

32. TM, Parl. Gesch. boek 6 NBW, blz. 1014.

33. MvT IW, TK 17496, nr. 3, blz. 26.

zij toegegeven dat internationale rechtseenheid het rechtsverkeer geen kwaad zal doen, maar als zelfstandig argument voor een stelselwijziging lijkt het mij, vooral in de vorm van een tamelijk ongenueanceerde verwijzing naar „verschillende, met het onze vergelijkbare rechtsstelsels”³⁴, toch te licht. Er zullen bovendien diverse met het onze vergelijkbare rechtsstelsels zijn, waar rechterlijke tussenkomst bij ontbinding of vernietiging in het algemeen wel is voorgeschreven.

Rechtseenheid binnen het stelsel kan wel een grondslag bieden, het aantal uitzonderingen op de hoofdregel beperkt te houden. Een stelsel waarin de zekerheid bestaat, dat steeds door een buitengerechterlijke verklaring vernietigd c.q. ontbonden kan worden, verdient de voorkeur boven een theoretische hoofdregel met een veelheid aan uitzonderingen. Vanuit die optiek is het gelukkig te achten, dat de oorspronkelijke leden twee en drie van artikel 270 van boek 6 NBW (6.5.4.10) zijn vervallen (zie hierna § 2D) en dat de uitzondering van artikel 50 tweede lid van boek 2 NBW beperkt is gehouden (zie hiervoor § 2B).

D. Overige argumenten.

Enkele resterende argumenten verdienen in deze bespreking kort de aandacht. Dat rechterlijke tussenkomst wenselijk zou zijn, om willekeur van de belanghebbende tegen te gaan – genoemd wordt een voorbeeld, waarin op een tamelijk willekeurige manier gedeeltelijk wordt ontbonden – komt mij weinig overtuigend voor. De vermijding van dit soort ontbindingen wordt in het Ontwerp Meijers van de leden twee en drie van artikel 270 van boek 6 NBW als reden genoemd, om voor moeilijke gevallen van gedeeltelijke ontbinding rechterlijke tussenkomst te eisen³⁵. Een wederpartij echter, die met een dergelijke willekeur wordt geconfronteerd, kan en zal de buitengerechterlijke verklaring zeker betwisten, zodat de rechter met de willekeurigheid van die verklaring rekening kan houden bij zijn oordeel over de werking ervan. Deze uitzonderingen op de hoofdregel van buitengerech-

34. MvT IW, TK 17496, nr. 3, blz. 26.

35. OM Parl. Gesch. boek 6 NBW, blz. 1019-1020.

telijke ontbinding zijn overigens bij de Invoeringswet geschrapt³⁶, een exercitie, door de minister omschreven als „een correctie van meer ondergeschikt belang”³⁷.

Dat de wetgever van 1838 van mening was, dat de grondslag van de ontbinding – de billijkheid – het best gediend wordt met inschakeling van de rechter, is niet meer dan een constatering³⁸. De huidige wetgever denkt daar kennelijk anders over.

Ook de, vooral in Frankrijk en België serieus genomen, opvatting, dat ageren door middel van een buitengerechtelijke verklaring een element van eigenrichting zou inhouden, kan eenvoudig weerlegd worden. Van eigenrichting kan uiteraard geen sprake zijn waar de belanghebbende slechts gebruik maakt van een mogelijkheid, die het objectieve recht hem biedt³⁹.

Een dogmatisch argument vóór de buitengerechtelijke weg bij vernietiging wordt besproken door Fokkema⁴⁰. Nu vernietigbaarheid een wilsrecht inhoudt, waarvan de belanghebbende al dan niet gebruik kan maken, ligt de essentie van de vernietigbaarheid niet zozeer in rechterlijke tussenkomst, als wel in het keuzerecht van degene die het initiatief tot vernietiging mag nemen.

E. Conclusie.

Van alle argumenten die de revue zijn gepasseerd, komen er slechts enkele ongeschonden uit de strijd. Noch de rechtszekerheid, noch de rechtseenheid vormt een doorslaggevend motief tegen het nieuwe stelsel. Zwaarwegende nadelen van het nieuwe stelsel kunnen niet worden aangetoond.

Wel resteren enkele praktische voordelen: het nieuwe stelsel biedt de belanghebbende een snelle, goedkope, eenvoudige en relatief zekere methode om de ongewenste rechtsverhouding buiten de rechter om af te wikkelen, en dwingt hem niet tot het voeren vanodeloze procedures in gevallen, waarin voor beide partijen omtrent het lot van die rechtsverhouding duidelijkheid bestaat. Een stelsel waarin naast rechterlijke tussenkomst de

36. Zie noot 4.

37. Nota van voortgang IW, TK 18113, nr. 2, blz. 8.

38. Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 517a, blz. 476.

39. Hijma, a.w., nr. 4.07, blz. 131-132 en nr. 3.34, blz. 115-116.

40. Fokkema, a.w., blz. 281-282.

mogelijkheid van een buitengerechterlijke verklaring bestaat, maakt het partijen mogelijk, per geval de wens tot rechtszekerheid af te wegen tegen de wens tot snelheid, eenvoud en kostenbesparing. Dat in sommige gevallen toch een procedure zal volgen, doet hieraan niet af.

Het is, zoals J. Ph. Suijling⁴¹ reeds in 1934 ten aanzien van de rechterlijke tussenkomst bij ontbinding constateerde:

„Alleen historisch is die tussenkomst van den rechter te verklaren. Het valt althans moeilijk een afdoenden legislatieven grond voor diens verplichte inmening te ontdekken”.

3. HET NBW: VERANDERING OF BESTENDIGING?

A. Vernietiging

Artikel 49 van boek 3 NBW brengt geen nieuws in zoverre het bepaalt dat vernietiging kan geschieden door een buitengerechterlijke verklaring. Ook het huidig recht (er)kent deze mogelijkheid, bijvoorbeeld bij de vernietiging van onverplichte rechtshandelingen volgens de Actio Pauliana (artikel 1377 BW en 42 (N)Fw)⁴², enkele door een echtgenoot zonder toestemming van de andere echtgenoot verrichte rechtshandelingen (artikel 89 eerste lid van boek 1 BW) c.q. onbevoegd verrichte bestuurshandelingen (artikel 98 tweede lid van boek 1 BW)⁴³ en van beëindiging van de arbeidsverhouding zonder de in artikel 6 eerste lid BBA 1945 vereiste toestemming (artikel 9 eerste lid BBA 1945)⁴⁴.

Zelfs de voorkeur die in het NBW lijkt te worden uitgesproken voor de buitengerechterlijke methode⁴⁵ kan onder het huidig recht reeds worden aangenomen⁴⁶ sinds HR 18 december 1953⁴⁷,

41. J. Ph. Suijling: Inleiding tot het burgerlijke recht, tweede druk, 2e stuk – 1e gedeelte, Haarlem 1934; blz. 510.

42. Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 469, blz. 433 en nr. 449, blz. 410, waarin verwijzing naar HR 15 maart 1940, NJ 1940, 848.

43. Asser/De Ruiters/Moltmaker II, Zwolle 1986; nr. 186, blz. 104; nr. 266, blz. 138.

44. Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 469, blz. 443; HR 18 december 1953, NJ 1954, 65 (Krautien/Concertgebouw).

45. Van Schilfgaarde, a.w., blz. 552.

46. Fokkema, a.w., blz. 284.

47. NJ 1954, 65.

waarin dit rechtscollege naar aanleiding van de in artikel 9 eerste lid BBA 1945 geboden vernietigings-mogelijkheid opmerkt:

„dat, nu een bepaalde vorm voor het invoeren der nietigheid niet is voorgeschreven, aangenomen moet worden, dat die invoering geschiedt door kennisgeving aan degene jegens wien de nietigheid wordt ingeroepen”.

Waar artikel 49 van boek 3 NBW echter een algemene regeling behelst van de wijzen waarop vernietiging kan plaatsvinden (ongeacht de grond der vernietiging) en steeds⁴⁸ aan de justitiebele de keuze laat tussen de buitengerechtelijke verklaring of rechterlijke tussenkomst, houdt het een verandering in ten opzichte van het huidig recht⁴⁹. Het BW kent immers niet een dergelijke algemene regeling, maar schrijft, al naar gelang de vernietigingsgrond, een bepaalde wijze voor waarop die vernietiging moet worden geëffectueerd, met dien verstande dat wanneer niet de rechterlijke weg is gedicteerd, vernietiging steeds buitengerechtelijk kan geschieden⁵⁰.

Zo dient vernietiging op grond van handelingsonbekwaamheid of wilsgebreken steeds door een rechterlijke uitspraak plaats te vinden⁵¹. In de artikelen 1482 en 1485 BW wordt namelijk gesproken van een „vordering” respectievelijk „regtsvordering” tot vernietiging.

Deze limitatief-exclusieve interpretatie van het woord „(regts)vordering” is overigens door Jac. Hijma bestreden⁵². Volgens Hijma heeft de wetgever van 1838 in het geheel niet gedacht aan een andere dan de (destijds vanzelfsprekend geachte) rechterlijke weg en is het niet zijn bedoeling geweest hiermee alternatieve vernietigingsmogelijkheden (zoals de buitengerechtelijke verklaring) uit te sluiten.

48. Met één uitzondering: artikel 50 tweede lid van boek 3 NBW; zie noot 4. Deze uitzondering geldt niet voor de faillissementspauliana; Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 471, blz. 434.

49. Bloembergen, a.w., blz. 428.

50. HR 18 december 1953, NJ 1954, 65 (Krautien/Concertgebouw).

51. Aldus voor vernietiging op grond van wilsgebreken uitdrukkelijk: HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp).

52. Hijma, a.w., nr. 4.08.

Tegen deze visie is door A. S. Hartkamp⁵³ ingebracht dat, door het aldus in de artikelen 1482 en 1485 BW niet uitgesloten achten van de buitengerechtelijke weg, de verjaringsregeling die artikel 1490 eerste lid BW geeft voor de rechtsvordering tot vernietiging⁵⁴, zou worden ondergraven. Immers, zo begrijp ik Hartkamp, de buitengerechtelijke verklaring tot vernietiging zou, nu daarin door artikel 1490 eerste lid BW niet wordt voorzien, tot in lengte van dagen mogelijk blijven.

Mijns inziens gaat deze kritiek eraan voorbij, dat ten aanzien van artikel 1490 eerste lid BW eenzelfde redenering valide kan zijn, als door Hijma is betoogd voor de artikelen 1482 en 1485 BW⁵⁵. Op die manier geïnterpreteerd zou naar analogie van artikel 1490 eerste lid BW ook de buitengerechtelijke vernietigingsverklaring gebonden zijn aan een verjaringstermijn van 5 jaar, zodat weer een sluitend geheel ontstaat. Dat in het NBW ten aanzien van verjaring wel in aparte bepalingen is voorzien⁵⁶, vloeit voort uit het feit, dat daar *expliciet* wordt onderscheiden tussen de buitengerechtelijke verklaring en rechterlijke tussenkomst.

Wat betreft deze verjaringstermijn verschilt het NBW van het huidige recht. In plaats van de huidige termijn van vijf jaar bedraagt de verjaringstermijn voor de vernietigingsvordering of -verklaring onder het NBW slechts drie jaar, aldus artikel 52 van boek 3 NBW (3.2.17). Wel is de regel van artikel 1490 derde lid BW gehandhaafd, waarin is bepaald dat een beroep op vernietigbaarheid in rechte bij wijze van exceptief verweer niet aan deze verjaring onderhevig is: artikel 51 derde lid van boek 3 NBW (3.2.15). Dit laatste geldt dus niet voor een buitengerech-

53. Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 469, blz. 433.

54. De verjaringstermijn van een rechtsvordering tot vernietiging bedraagt volgens artikel 1490 eerste lid BW in het algemeen 5 jaar.

55. Hijma spreekt bovendien van „de ruimte die de artikelen 1482 en verder BW in deze interpretatie laten” (Hijma, a.w., nr. 4.08, blz. 134) (cursive-ring niet in origineel). Ook volgens W. C. L. van der Grinten in zijn annotatie onder HR 15 november 1957 (Baris/Riezenkamp; AA VII (1957/1958), blz 105) zou een dergelijke interpretatie niet in strijd zijn met de artikelen 1482 en verder BW.

56. Artikel 52 van boek 3 NBW: het eerste lid wat betreft de rechtsvordering en het tweede lid wat betreft de buitengerechtelijke verklaring.

telijk of aanvallend beroep op vernietigbaarheid; in deze gevallen geldt de verjaringstermijn van drie jaar⁵⁷.

B. Ontbinding

Ook voor ontbinding van wederkerige overeenkomsten staan in het NBW naar vrije keus van de crediteur twee wegen open: artikel 267 van boek 6 NBW (6.5.4.8) noemt de buitengerechterlijke weg in het eerste, de rechterlijke in het tweede lid⁵⁸. Op het eerste gezicht lijkt dit een belangrijke wijziging ten opzichte van het huidige recht, nu artikel 1302 tweede lid BW voorschrijft, dat wanprestatie weliswaar als ontbindende voorwaarde in het contract plaatsgrijpt, maar ontbinding toch „in regten” gevraagd moet worden⁵⁹. Praktisch beschouwd is het verschil echter kleiner dan vergelijking van de wetsteksten suggereert.

Voorzover de wet niet anders bepaalt⁶⁰ is het partijen namelijk toegestaan af te wijken van het gestelde in artikel 1302 BW, nu dit voorschrift volgens vaste jurisprudentie⁶¹ is geschreven enkel voor partijen, niet ter handhaving van de openbare orde of goede zeden; de algemene vrijheid van contracteren wordt er derhalve niet door aan banden gelegd⁶². Partijen kunnen uitdrukkelijk⁶³ overeenkomen dat bij wanprestatie de overeenkomst van

57. Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 472-474, blz. 435-438.

58. Zie noot 6.

59. Artikel 1302 BW luidt voorzover hier van belang: (1) De ontbindende voorwaarde wordt altijd voorondersteld in wederkerige overeenkomsten plaats te grijpen, in geval eene der partijen aan hare verplichting niet voldoet; (2) In dat geval, is de overeenkomst niet van rechtswege ontbonden, maar moet de ontbinding in regten gevraagd worden.

Zie ook Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 517a, blz. 475, 476.

60. Zie noot 29.

61. Contractenrecht VI (Grootveld), nrs. 1036 en 1077 en L. C. Hofmann: Het Nederlands Verbintenissenrecht, deel 1 (artt. 1269-1387 B.W.), tweede gedeelte (artt. 1302-1303 en 1349-1387 B.W.), negende druk, bewerkt door P. Abas, Groningen 1977; blz. 312 met daar vermelde literatuur en jurisprudentie.

62. Zie voor kritiek op deze opvatting: Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1077 met daar vermelde literatuur.

63. Een beding, dat bepaalt dat wanprestatie zal gelden als ontbindende voorwaarde is niet voldoende om rechterlijke tussenkomst uit te sluiten. Zie artikel 1302 derde lid BW alsmede Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1080 en Hofmann/Abas (1977), a.w., blz. 312.

rechtswege zal zijn ontbonden (uitsluitingsclausule) dan wel dat de wederpartij in zo'n geval de overeenkomst als ontbonden mag beschouwen (annuleringsclausule)⁶⁴.

Naast gevallen waarin rechterlijke tussenkomst krachtens de rechtshandeling geldig⁶⁵ is uitgesloten, regelt ook de wet enkele gevallen van ontbinding buiten de rechter om⁶⁶.

Het huidige recht laat de mogelijkheid tot ontbinding van wederkerige overeenkomsten anders dan door rechterlijke tussenkomst derhalve reeds toe; van deze mogelijkheid wordt bovendien veelvuldig gebruik gemaakt⁶⁷. Ook van artikel 267 van boek 6 NBW kan, nu deze bepaling net als artikel 1302 BW van regelend recht is, door partijen worden afgeweken, waarbij bijvoorbeeld de rechterlijke tussenkomst kan worden uitgesloten⁶⁸. Zo bezien lijkt het twee-wegen-stelsel van het NBW niet veel nieuws te brengen. Bedacht worde echter, dat de huidige praktijk van uitsluiting van rechterlijke tussenkomst vooral floreert bij gebreke van een praktisch alternatief. Nu de buitengerechtelijke verklaring een dergelijk alternatief wel biedt, is het op zijn minst twijfelachtig of contractuele afwijking van de wettelijke regeling onder het nieuwe stelsel even vaak zal worden verkozen⁶⁹.

Omdat in het NBW de constructie van het huidige recht, te weten wanprestatie als ontbindende voorwaarde, is verlaten, staat

64. Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1080.

65. Dit laat de mogelijkheid onverlet dat een beroep op een (geldige) uitsluitings- of annuleringsclausule gezien de wijze waarop daarvan gebruik wordt gemaakt, de omstandigheden van het geval en de omvang van de tekortkoming, in strijd is met de goede trouw (artikel 1374 derde lid BW) respectievelijk de redelijkheid en billijkheid (artikel 248 tweede lid van boek 6 NBW, voorheen 6.5.3.1). Zie Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1082 met daar vermelde literatuur en jurisprudentie.

66. Bijvoorbeeld in de artikelen 1191 en verder BW, 1554 BW en 37 Fw. Zie Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1079.

67. H.C.F. Schoordijk: Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek (1979); blz. 539. Schoordijk spreekt zelfs van een „clause de style”. Zie ook: Kamphuisen, a.w., blz. 65.

68. Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 519, blz. 480. Zie ook noot 13.

69. Zie bovendien noot 13 ten aanzien van de ongeoorlooftheid van uitsluiting van de buitengerechtelijke verklaring bij algemene voorwaarden.

buiten twijfel dat ontbinding niet reeds door de wanprestatie plaats vindt.

Onder het huidig recht bestaat hierover geen duidelijkheid. In de literatuur wordt, met een beroep op de artikelen 1302 tweede en vierde lid en 1303 BW, het constitutieve karakter van het ontbindingsvonnis verdedigd⁷⁰. De Hoge Raad daarentegen heeft lange tijd⁷¹ vastgehouden aan de opvatting, dat niet het vonnis maar de wanprestatie de overeenkomst ontbindt; het vonnis constateert die ontbinding slechts en is dus declaratoir. Deze opvatting is gebaseerd op het eerste lid van artikel 1302 BW, waar zoals gezegd de wanprestatie als ontbindende voorwaarde is geconstrueerd. Recente jurisprudentie laat echter ruimte voor de veronderstelling, dat de Hoge Raad op deze leer is teruggekomen⁷².

Hoe dit alles ook zij, artikel 267 van boek 6 NBW bepaalt dat hetzij de schriftelijke ontbindingsverklaring aan de wederpartij, hetzij het ontbindingsvonnis van de rechter de ontbinding bewerkstelligt. Vergelijkt men deze bepaling met haar pendanten inzake de vernietiging (artikelen 49, 50 en 51 van boek 3 NBW) dan valt – in tegenstelling tot de ingewikkelde regeling bij vernietiging, die aanleiding gaf tot uitvoerige parlementaire discussie⁷³ – de eenvoud op waarmee de wetgever de afgrenzing tussen de buitengerechtelijke en de gerechtelijke ontbinding heeft menen te kunnen regelen. Deze eenvoud kan echter tot onduidelijkheid leiden, en zij doet dat mijns inziens ook.

Het eerste lid van artikel 267 van boek 6 NBW bepaalt, dat ontbinding plaatsvindt door een schriftelijke verklaring van de daartoe gerechtigde. Het tweede lid voegt daaraan de mogelijk-

70. Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 517c, blz. 477, alsmede Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1086, met daar vermelde literatuur.

71. Contractenrecht VI (Grootveld), nr. 1086, waarin verwijzing naar vaste jurisprudentie o.a. HR 3 december 1948, NJ 1949, 358.

72. HR 11 juni 1982, NJ 1983, 695 (Gallas/Mozes en Oskam) met annotatie C. H. J. Brunner; HR 27 februari 1987, NJ 1987, 978; HR 19 februari 1988, NJ 1989, 43 (Droog/Bekaert). Voor een bespreking van deze theorie zie: A. Bockwinkel: Twee arresten van de HR over wanprestatie bij wederkerige overeenkomsten; NJB 12 november 1988, blz. 1407.

73. VV II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 224; MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 225-228.

heid toe, dat ontbinding ook kan worden uitgesproken door de rechter op vordering van de daartoe gerechtigde. Met deze formulering wordt kennelijk⁷⁴ bedoeld dat ontbinding in dat geval tot stand komt door en met het (constitutieve) ontbindingsvonnis. Wordt uitgegaan van deze betekenis van het tweede lid, dan is het eerste lid hiermee in strijd. Immers, de ontbinding vindt reeds plaats door een schriftelijke verklaring; een vonnis kan daarna de ontbinding nog slechts constateren (declaratoir). Nu het eerste lid slechts spreekt van een schriftelijke verklaring en de mogelijkheid van een verklaring *in rechte* daarbij niet uitsluit⁷⁵, zal het ontbindingsvonnis niet constitutief meer kunnen zijn; ook bijvoorbeeld een conclusie van eis of antwoord in een ontbindingsprocedure zal de vereiste schriftelijke ontbindingsverklaring (een beroep door de crediteur op een ontbindingsgrond) omvatten en daarmee de overeenkomst ontbinden, waarna het vonnis deze ontbinding nog slechts kan vaststellen.

Vat men het eerste lid in deze zin op, dan kan het tweede lid derhalve slechts doelen op een declaratoir vonnis. Inhoudelijk behoeft dat geen probleem te zijn: op het eerste gezicht ligt het juist voor de hand te veronderstellen, dat in een systeem waarbij een schriftelijke verklaring reeds de ontbinding kan bewerkstelligen, aan een constitutief ingrijpen van de rechter geen behoefte meer bestaat⁷⁶. Een rechtvaardiging voor het dan ontstane verschil tussen het (declaratoire) ontbindingsvonnis en het (constitutieve) vernietigingsvonnis lijkt echter niet gemakkelijk te geven.

74. Zie onder andere: Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 518, blz. 479; Bockwinkel, a.w., blz. 1409; Jac. Hijma/M. M. Olthof: Compendium van het Nederlands vermogensrecht, derde druk, Deventer 1988; nr. 522, blz. 343.

75. In tegenstelling tot de vernietigingsverklaring ex artikel 49 van boek 3 NBW; deze heeft alleen (zoals wordt aangegeven door het woord „buitengerechtigde” in dit artikel) buitengerechtelijk vernietigende kracht. Doet de belanghebbende in de gerechtelijke fase van het geschil een door de rechter gehonoreerd beroep op vernietiging van de rechtshandeling, dan is het de rechterlijke uitspraak die de vernietiging tot stand brengt. Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 228.

76. Hijma (a.w., nr. 4.12) heeft ten aanzien van het vernietigingsvonnis eenzelfde gedachtengang ontvouwd en is daarin bijgevallen door Brunner. Zie C. H. J. Brunner: boekbespreking, ad Hijma, Jac.: Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen (1988); WPNR 5941 (1989), blz. 779.

Bij het ontbindingsvonnis zou juist het constitutieve karakter kunnen worden verdedigd, nu met enige goede wil⁷⁷ in de formulering van het tweede lid van artikel 267 van boek 6 NBW („ . . . kan ook . . . door de rechter worden uitgesproken”) een toekenning van discretionaire bevoegdheid⁷⁸ aan de rechter kan worden gelezen. Deze twee argumenten (eenheid met de vernietigingsregeling en het mogelijk discretionaire karakter van de rechterlijke interventie bij ontbinding) kunnen mijns inziens de conclusie onderbouwen, dat het probleem niet gelegen is in het tweede lid van artikel 267 van boek 6 NBW, maar in het eerste. Duidelijk zou hierin moeten worden aangegeven dat de schriftelijke ontbindingsverklaring alleen *buiten rechte* ontbindende kracht bezit.

Dit alles laat overigens de mogelijkheid onverlet dat eerst een buitengerechtelijke ontbindingsverklaring wordt uitgebracht, waarna in een eventueel volgende procedure de rechter constateert of de ontbinding ten tijde van de ontbindingsverklaring door de omstandigheden werd gerechtvaardigd⁷⁹; het vonnis is dan declaratoir⁸⁰.

C. Conclusie

Het NBW geeft in artikel 49 van boek 3 een algemene regeling voor de wijzen van vernietiging en laat de justitiabele in vrijwel

77. De rechter kan immers bij een te geringe tekortkoming de ontbinding weigeren: artikel 265 eerste lid van boek 6 NBW (6.5.4.6). Zie voor het huidige recht in gelijke zin: Asser/Rutten II, Zwolle 1982; blz. 334, 337-339, waarin tevens verwijzing naar het NBW. Over de omvang van de discretionaire bevoegdheid kan men overigens twifelen. De rechter zal niet naar willekeur kunnen beslissen of de overeenkomst al dan niet ontbonden zal worden (Asser/Rutten II, a.w., blz. 338); aldus lijkt de discretie marginaal.

78. Dit in tegenstelling tot de gerechtelijke vernietiging, waarbij het uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever is geweest de rechter enige discretionaire bevoegdheid toe te kennen. Om deze reden werd in het Gewijzigd Ontwerp de oorspronkelijke terminologie „kan worden vernietigd” veranderd in „wordt vernietigd”. Zie MvA II, Parl. Gesch. van boek 3 NBW, blz. 225.

79. Zie in gelijke zin de annotatie van C. H. J. Brunner bij HR 11 juni 1982, NJ 1983, 695 (Gallas/Mozes en Oskam).

80. Zie in gelijke zin ten aanzien van het vernietigingsvonnis: Asser/Hartkamp II, a.w.; nr. 471, blz. 435.

alle gevallen, ongeacht de grond der vernietiging, de keuze tussen het adiëren van de rechter en het uitbrengen van een buitengerechtelijke vernietigingsverklaring. De verjaringstermijn van de vernietigingsvordering of verklaring is ten opzichte van het huidig recht met twee jaar teruggebracht tot drie jaar. Voor het overige brengt het NBW, noch wat betreft de mogelijkheid van buitengerechtelijke vernietiging op zichzelf, noch wat betreft de voorkeur voor deze methode van vernietiging, een verandering.

Wat de ontbinding van wederkerige overeenkomsten betreft, biedt het NBW eenzelfde twee-wegen-stelsel als bij vernietiging van rechtshandelingen. Ten opzichte van de situatie onder het huidig recht betekent dit een verandering in gevallen waarin rechterlijke tussenkomst bij wanprestatie niet reeds door partijen bij het contract is uitgesloten en buitengerechtelijke ontbinding niet te riskant is.

Een oude strijdvraag zal met de invoering van artikel 267 van boek 6 NBW tot het verleden behoren: kiest de belanghebbende voor de gerechtelijke weg, dan is het niet de wanprestatie, maar het ontbindingsvonnis waardoor de ontbinding wordt teweeggebracht. In het andere geval komt de ontbinding tot stand door de schriftelijke verklaring. Duidelijk is dit slechts wanneer het eerste lid van artikel 267 van boek 6 NBW als volgt wordt gelezen: de ontbinding vindt plaats door een *buitengerechtelijke* schriftelijke verklaring van de daartoe gerechtigde.

4. DE VORM VAN DE BUITENGERECHTELIJKE VERKLARING.

A. Schriftelijk of vormloos?

De buitengerechtelijke verklaring tot ontbinding moet in het nieuwe stelsel schriftelijk worden uitgebracht⁸¹, terwijl de wet voor de buitengerechtelijke vernietigingsverklaring geen vormvereisten stelt⁸². Welke overwegingen liggen aan dit opmerkelijke verschil ten grondslag?

Allereerst moet worden bedacht, dat vormvrijheid een begin-

81. Artikel 267 eerste lid van boek 6 NBW; zie noot 6.

82. Artikel 49 van boek 3 NBW; zie noot 6.

sel van contractenrecht is. Tenzij de wet anders voorschrijft, komen overeenkomsten tot stand door enkele wilsovereenstemming (consensualisme)⁸³. Artikel 37 van boek 3 NBW (3.2.4) bepaalt soortgelijks ook voor andere rechtshandelingen.

Dat de buitengerechtelijke vernietigingsverklaring vormvrij kan geschieden, is in dit licht dus niets bijzonders. De eis van geschrift voor de ontbindingsverklaring is de uitzondering, waarvoor de wet in artikel 267 van boek 6 NBW grondslag biedt.

Deze uitzondering wordt door de wetgever gemotiveerd met de gedachte, dat de wederpartij aldus voldoende bewijs verkrijgt van de ontbinding en niet het risico mag lopen dat de belanghebbende achteraf plotseling een mondelinge ontbinding ontkent⁸⁴. Het vormvereiste is hier dus gesteld in het belang van de wederpartij. Door deze keuze worden echter de belangen van degene, die de ontbindingsverklaring uitbrengt, geschaad. Kiest hij, uit onwetendheid met dit vormvereiste, voor een mondelinge ontbindingsverklaring (terwijl hij zijn bewijspositie op een andere manier veilig stelt, bijvoorbeeld door middel van getuigen), dan loopt hij het risico dat de wederpartij deze verklaring ongestraft naast zich neer legt.

Het is met name deze overweging die door de wetgever is aangevoerd ter motivering van de vormvrijheid van de vernietigingsverklaring⁸⁵. Deze vormvrijheid is dus in het belang van de handelende.

De vraag naar de meest gewenste vorm voor de buitengerechtelijke verklaring komt derhalve neer op een belangenafweging. Afgewogen moet worden het belang van de handelende bij gebondenheid van de wederpartij aan de verklaring, in welke (voor de handelende) bewijsbare vorm dan ook, tegen het belang van de wederpartij bij bewijsbaarheid van die verklaring voor zichzelf, teneinde naar aanleiding daarvan zonder risico te kunnen handelen. De wetgever heeft voor de vernietigingsverklaring het eerste, voor de ontbindingsverklaring het tweede belang doorslaggevend geacht. Dat een *afweging* van belangen hierbij

83. Asser/Hartkamp II, a.w., nr. 217.

84. TM, Parl. Gesch. Boek 6 NBW, blz. 1005-1006.

85. Rapport aan de Koningin, Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 223; MvA IW, TK 17496, nr. 10, blz. 24; MvA IW, TK 16983, nr. 5, blz. 12.

heeft plaatsgevonden, blijkt overigens niet uit de parlementaire geschiedenis. De beide regelingen worden op dit punt niet met elkaar vergeleken; een confrontatie wordt helaas, ondanks voldoende aanleiding daartoe⁸⁶, vermeden.

Mijns inziens moet in dezen het belang van de handelende zwaarder wegen dan dat van de wederpartij. Ten eerste is de buitengerechtelijke weg onder meer verdedigd met het argument, dat aldus een eenvoudige methode tot vernietiging of ontbinding wordt verkregen. Het stellen van een vormvereiste doet aan die eenvoud enigszins afbreuk. Voorts werkt ook het beginsel van consensualisme in het voordeel van vormvrijheid. Het betekent in casu, dat de eis van geschrift alleen dan gesteld mag worden, als de daarmee te beschermen belangen niet reeds op een andere manier kunnen worden veiliggesteld. Het ligt mijns inziens meer op de weg van de wederpartij om, als hij bewijsproblemen ten gevolge van chicanes van de handelende vreest, een schriftelijke bevestiging van de buitengerechtelijke verklaring te vragen⁸⁷. Het

86. Naar aanleiding van het in noot 1 genoemde artikel van Van Schilfgaarde werd de minister door de Kamercommissie gevraagd, waarom voor de vernietigingsverklaring niët, maar voor de ontbindingsverklaring wël de schriftelijke vorm werd voorgeschreven. De minister beperkt zich er in zijn antwoord toe, aan te geven waarom de vernietigingsverklaring vormloos kan geschieden, maar beantwoordt de vraag niet in de zin van confrontatie met de ontbindingsregeling. VV IW, TK 17496, nr. 9, blz. 10; MvA IW, TK 17496, nr. 10, blz. 24. Of een belangenafweging heeft plaatsgevonden blijft aldus in de schoot der Goden verborgen.

87. Om deze mogelijkheid in de wet op te nemen, en bij gebreke van een bevestiging door de handelende de vernietiging c.q. ontbinding als niet geschied te achten, zoals Hijma (a.w., nr. 410, blz. 138) voorstelt, lijkt me niet nodig. Kan de wederpartij bewijzen om een schriftelijke bevestiging van de mondelinge verklaring te hebben gevraagd, dan ontstaat daarmee een vermoeden dat die mondelinge verklaring daadwerkelijk is geschied (de kans, dat de wederpartij „ins Blaue hinein” bevestiging vraagt van een ontbindingsverklaring die nooit heeft plaatsgevonden, lijkt mij te verwaarlozen; dat zou wel een zeer omslachtige wijze zijn om ontbinding te bewerkstelligen). Nu de handelende dat vermoeden niet kan weerleggen, is de vernietiging c.q. ontbinding een feit; dit laatste is exact wat de wederpartij beoogt te bereiken, namelijk zekerheid dat op de verklaring niet meer kan worden teruggekomen. In de oplossing van Hijma krijgt hij, bij gebreke van een schriftelijke bevestiging, een andere zekerheid, namelijk dat de verklaring niet geldig is. Het is echter de vraag, of dat wel zijn bedoeling is.

probleem wordt dan opgelost op het moment dat het zich voordoet, terwijl een wettelijke oplossing bij voorbaat in veel gevallen overbodig is en nadelig kan zijn voor de handelende. In de praktijk tenslotte zal het ook vaker voorkomen dat de wederpartij een mondelinge ontbindings- of vernietigingsverklaring naast zich neer legt (en dat ook ongestraft kan doen als er een vormvereiste wordt gesteld), dan dat de handelende achteraf zijn mondelinge verklaring zal ontkennen. Dat laatste lijkt me, vooral bij vernietiging, een theoretische zeldzaamheid.

B. Conclusie

Door het stellen van een vormvereiste bij de buitengerechtelijke ontbindingsverklaring heeft de wetgever ten onrechte het belang van de wederpartij zwaarder laten wegen dan het belang van degene, die de verklaring uitbrengt. Net zoals bij de buitengerechtelijke verklaring tot vernietiging zou bij de ontbindingsverklaring het beginsel van consensualisme onverkort moeten gelden, nu een afwijking daarvan niet met afdoende argumenten kan worden verdedigd.

In aanvulling op het gestelde in § 3C hiervoor, verdient het aanbeveling, in artikel 267 van boek 6 eerste lid NBW het woord „*schriftelijke*” te vervangen door „*buitengerechtelijke*”.

De rechter, het Nieuw BW en voortdurende verplichtingen op registergoederen

W. L. Valk*

VOORTDURENDE VERPLICHTINGEN OP REGISTERGOEDEREN

Wie een onroerend goed koopt neemt veel verplichtingen op zich. De belangrijkste is van korte duur. Met de betaling van de koopprijs heeft de koper aan zijn „hoofdverplichting” voldaan, al blijft in veel gevallen de financiële weerslag – in de vorm van rente en aflossing van een hypothecaire lening – nog jaren voelbaar.

Andere verplichtingen zijn van langere duur. Zo kan op het goed een zakelijk recht van erfdienstbaarheid rusten, dat de eigenaar van een naburig erf bij voorbeeld het recht geeft van een op het verbonden goed gelegen pad gebruik te maken. Omdat niet in alle gevallen een erfdienstbaarheid mogelijk is,¹ is bovendien het zogenaamde kettingbeding ontstaan: een beding tussen vervreemder en verkrijger, waarbij de verkrijger een bepaalde verplichting op zich neemt en zich bovendien verplicht eenzelfde verplichting aan zijn rechtsopvolgers onder gelijk beding op te leggen. Weliswaar rust het kettingbeding niet in eigenlijke zin op het registergoed (de eigenaar van het goed is „slechts” *persoonlijk* verbonden), maar de hoge boetes die op overtreding van het beding plegen te worden gesteld en de kettingbeding-vriendelijke opstelling van het notariaat garanderen een „getrouwe voortplanting” (Rank-Berenschot²). In

* Mr. W. L. Valk is als universitair docent verbonden aan de afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit te Leiden.

1. Dit in verband met de bijzondere vereisten die artikelen 721 en 722 BW stellen: alleen verplichtingen tot een dulden of niet doen, naburigheid van heersend en dienend erf en het zogenaamde nutsvereiste. De laatste twee beperkingen ontbreken in het nieuwe recht. Dat bij het kettingbeding de overgang van de verplichting berust op het „doorgeven” van het beding en de overgang dus niet *onmiddellijk* wordt bedongen, is het gevolg van het bekende arrest HR 3 maart 1905, W 8191; Blaauboer/Berlips.
2. E. B. Berenschot, Artikel 6.5.3.4 Nieuw BW en de Invoeringswet: de kwalita-

de praktijk doen kettingbedingen in duurzaamheid dan ook nauwelijks onder voor zakelijke rechten. Vanaf 1 januari 1992 zullen voortdurende verplichtingen op registergoederen zich nog in een andere vorm kunnen voordoen. Het Nieuw BW verrijkt ons in artikel 252 van Boek 6 (art. 6.5.3.4) met de mogelijkheid kwalitatieve verplichtingen in het leven te roepen: de bedongen verplichting gaat van rechtswege over op rechtsopvolgers onder bijzondere titel, mits het beding is ingeschreven in de openbare registers.

Erfdienstbaarheden, kettingbedingen en kwalitatieve verplichtingen verduren de jaren en zijn voor eventuele kopers van het registergoed onontkoombaar. Dat kan bedenkelijke vormen aannemen. Het gevaar dreigt (aldus de Toelichting bij Boek 6 Nieuw BW³):

„ . . . van een algemene overbelasting, in het bijzonder van de grond, met een onoverzichtelijk samenstel van activiteit der exploitanten remmende verplichtingen hetgeen met het algemeen belang in strijd zou zijn.”

Een overmaat aan voortdurende verplichtingen op registergoederen kan op meer dan één manier worden bestreden. Een enkele maal kan de verplichting in de kiem worden gesmoord: de eigenaar van het registergoed stelt zich met succes op het standpunt dat toestemming ontbrak of dat het beding onder invloed van een wilsgebrek is tot stand gekomen. Ook kan uitoefening van de verplichting in strijd zijn met redelijkheid en billijkheid (goede trouw), een mogelijkheid die vooral in het geval dat een kettingbeding deel uitmaakte van algemene voorwaarden allerm minst is uitgesloten⁴ (hetzelfde geldt na invoering van het Nieuw BW voor een beding waarbij een kwalitatieve verplichting in het leven wordt geroepen). Kettingbedingen, kwalitatieve verplichtingen en erfdienstbaarheden kunnen bovendien voorwerp zijn van rechterlijke wijziging of ontbinding op grond van onvoorziene omstandigheden.⁵

atieve verbintenis heroverwogen, Kwartaalbericht Nieuw BW 1986/4, blz. 106.

3. Parl. Gesch., blz. 936.

4. Zie bij voorbeeld: HR 25 april 1986, NJ 1986, 714; Smilde. In het komende recht zullen de meeste van dergelijke gevallen worden beheerst door artikel 233 (art. 6.5.2A.2a) sub a en – indien de eigenaar van het verbonden goed niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf – artikelen 236 en 237 (artt. 6.5.2A.3 en 6.5.2A.4).

5. Artikelen 258 van Boek 6 (art. 6.5.3.11) en 78 sub a van Boek 5 (art. 5.6.8)

NIEUWE BEVOEGDHEDEN VOOR DE RECHTER

Het Nieuw BW voegt aan het bestaande arsenaal een belangrijk instrument toe in artikelen 78 sub b en 79 van Boek 5 (art. 5.6.8–5.6.8a) en 259 van Boek 6 (art. 6.5.3.12). Dit nieuwe instrument, dat speciaal met het oog op voortdurende verplichtingen op registergoederen is ontwikkeld, vraagt onze aandacht. Het eerste lid van artikel 259 van Boek 6 luidt:

„Indien een overeenkomst ertoe strekt een rechthebbende op of een gebruiker van een registergoed als zodanig te verplichten tot een prestatie die niet bestaat in of gepaard gaat met het dulden van voortdurend houderschap, kan de rechter op zijn verlangen de gevolgen van de overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden:

a. indien ten minste tien jaren na het sluiten van de overeenkomst zijn verlopen en het ongewijzigd voortduren van de verplichting in strijd is met het algemeen belang; b. indien de schuldeiser bij de nakoming van de verplichting geen redelijk belang meer heeft en het niet aannemelijk is dat dit belang zal terugkeren.”

Op grond van artikel 260 (art. 6.5.3.12a) kan de rechter aan toewijzing van de gevraagde wijziging of ontbinding een of meer voorwaarden verbinden. Artikel 259 is slechts geschreven voor voortdurende verplichtingen die bij *verbintenisscheppende* overeenkomst in het leven worden geroepen: kettingbedingen en kwalitatieve verplichtingen.⁶ Maar het nieuwe wetboek geeft in de artikelen 78 sub b en 79 van Boek 5 een in vrijwel alle opzichten vergelijkbare regeling voor erfdiensbaarheden.⁷

Wat hebben deze nieuwigheden ons te bieden?

Nieuw BW. In het kader van artikel 1374 lid 3 komt de huidige rechtspraak tot vergelijkbare uitkomsten.

6. Vergelijk het eerste lid van artikel 213 van Boek 6 (art. 6.5.1.1). Huur en pacht zijn geen voortdurende verplichting in de zin van artikel 259, zoals tot uitdrukking komt in de woorden „die niet bestaat in of gepaard gaat met het dulden van voortdurend houderschap”. Volgens de Toelichting is toepassing van artikel 259 bij uitzondering ook mogelijk in gevallen waarin niet sprake is van een kettingbeding of een kwalitatieve verplichting: partijen voorzagen niet in een procedure voor overgang van de verplichting, omdat zij een overgang onder bijzondere titel in de periode waarop zij het oog hadden, praktisch uitgesloten achtten (familielandgoederen). Zie: Parl. Gesch., blz. 980.
7. Een overzicht van de (kleine) verschillen en de (grote) overeenkomsten tussen beide regelingen is te vinden bij: A. L. Croes, Enige opmerkingen over concurrentiebedingen in winkelcentra, Bouwrecht 1986, blz. 199.

STRIJD MET HET ALGEMEEN BELANG

Artikelen 259 van Boek 6 (art. 6.5.3.12) en 78 sub b van Boek 5 (art. 5.6.8) maken wijziging of ontbinding (in het geval van artikel 78: opheffing) mogelijk indien tien jaren (artikel 78: twintig jaren) zijn verlopen en het ongewijzigd voortbestaan van de verplichting in strijd is met het algemeen belang.

Afweging van belangen

Wat dienen we te verstaan onder „het algemeen belang”? De Toelichting volstaat met het geven van een voorbeeld:

„Strijd met het algemeen belang zal bij voorbeeld aanwezig kunnen worden geacht als een beding duidelijk een overwegend ongunstige invloed heeft op de economische ontwikkeling van de omgeving”.⁸

Het algemeen belang bestaat slechts als een resultante van uiteenlopende algemene belangen.⁹ De economische ontwikkeling van de omgeving is zeker een algemeen belang, maar de rechter zal in zijn afweging ook andere algemene belangen moeten betrekken, zoals het behoud van natuur- en cultuurschoon en andere gevolgen voor het leefmilieu.

Daarbij zal de rechter zich ook niet mogen beperken tot die algemene belangen die door partijen worden aangevoerd. Artikelen 78 en 259 leggen het initiatief bij de eigenaar van het registergoed (in het geval van artikel 78 in de kwaliteit van eigenaar van het dienend erf en in het geval van artikel 259 in die van schuldenaar). Diens visie op het algemeen belang zal worden gekleurd door zijn particuliere belangen en daardoor niet zelden de nodige breedte en diepte missen. Om dezelfde reden staat ook de inbreng van de gerechtigde – de eigenaar van het heersend erf of de schuldeiser – niet garant voor een debat waarin alle betrokken algemene belangen tot hun recht komen. Waar van de rechter een afweging van algemene belangen wordt gevraagd, dient hij daarom iedere lijdelijkheid te laten varen.

Maar hoe staat het in een dergelijk geval met het recht op hoor

8. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 981.

9. Vergelijk: E. J. Dommering, *Algemene belangen in het burgerlijk recht* (1982), blz. 3.

en wederhoor? Wat bij voorbeeld indien de rechter meent dat de verplichting om een onroerend goed in de staat te laten waarin het is, beter kan voortduren in verband met de gevolgen van de door de eigenaar van het registergoed beoogde veranderingen voor het milieu? Het lijkt mij allerminst juist het milieu als een relevant algemeen belang eerst ter gelegenheid van het eindvonnis uit de hoge hoed te toveren. De rechter dient bij comparitie of desnoods in een tussenvonnis duidelijk te maken wat behalve het door partijen gestelde nog meer in het geding is, zodat – in ons voorbeeld – de eigenaar van het registergoed de kans krijgt aan te tonen dat het met de gevolgen voor het milieu nogal schikt.

Met de afweging van *algemene* belangen is de rechter er niet. Volgens de tekst van de wet kan de rechter wijzigen, ontbinden of opheffen. Niet elk algemeen belang weegt zonder meer zwaarder dan de particuliere belangen van de gerechtigde tot het kettingbeding, de kwalitatieve verplichting of de erfdienstbaarheid. Meer nog dan het afwegen van uiteenlopende algemene belangen is het afwegen van *ongelijksoortige* belangen – algemene belangen en particuliere belangen – een hachelijk karwei. De mogelijkheid aan de wijziging, ontbinding of opheffing voorwaarden te verbinden, zal de rechter in veel gevallen de nodige moed verlenen. Met de voorwaarde dat aan de gerechtigde schadeloosstelling wordt betaald, zal een redelijk evenwicht meestal wel bereikbaar zijn: geld verzacht niet alles maar wel veel. En vindt de eigenaar van het registergoed de prijs te hoog – welnu, niemand verplicht hem de voorwaarde te vervullen.

Beletsel voor verwerkelijking van een geldend bestemmingsplan

De rechter kan mogelijk nog op een andere wijze worden tegemoet gekomen. Wijziging of ontbinding wegens strijd met het algemeen belang op grond van artikel 259 van Boek 6 (art. 6.5.3.12) is eerst mogelijk na ommekomst van tien jaar. Maar die termijn geldt volgens het tweede lid niet, voor zover de strijd met het algemeen belang hierin bestaat dat het beding een beletsel vormt voor de verwerkelijking van een geldend bestemmingsplan. Een vergelijkbare bepaling ontbreekt in de regeling van erfdienstbaarheden: wijziging of opheffing is steeds eerst na twintig jaar mogelijk.

Tot het opzij zetten van de termijn in het geval van artikel 259 behoeft de rol van een geldend bestemmingsplan niet beperkt te

blijven. Bij de beoordeling van de vraag of het voortduren van een bepaalde verplichting inderdaad in strijd met het algemeen belang is, komt aan de inhoud van het bestemmingsplan groot gewicht toe. Ter gelegenheid van het opstellen van het bestemmingsplan zijn de betrokken algemene belangen reeds afgewogen. Waarom zou de rechter die afweging nog eens dunnetjes over doen? De organen die bij de totstandkoming van het bestemmingsplan zijn betrokken, zijn méér dan de burgerlijke rechter gewend algemene belangen tegen elkaar af te wegen. Voor dubbel werk is nog minder reden indien we in onze overwegingen tevens betrekken de vele inspraak- en bezwaarmogelijkheden die de procedure tot het vaststellen van een bestemmingsplan kent. De rechter zal dus, zowel in het geval van artikel 259 als in het geval van artikel 78 van Boek 5 (art. 5.6.8), meestal wel kunnen volstaan met het afwegen van enerzijds de belangen die met de verwerkelijking van het bestemmingsplan zijn gemoeid tegen anderzijds de particuliere belangen van de gerechtigde.¹⁰ *Meestal*: van de rechter mag een meer voorzichtige opstelling worden verwacht, indien uit een nieuw bestemmingsplan dat in de maak is – of anderszins – blijkt dat het geldende bestemmingsplan niet meer de nodige actualiteit bezit.

ONTBREKEN VAN EEN REDELIJK BELANG BIJ NAKOMING

Artikelen 79 van Boek 5 (art. 5.6.8a) en 259 van Boek 6 (art. 6.5.3.12) maken opheffing (in het geval van artikel 259: ontbinding) mogelijk indien de gerechtigde – de eigenaar van het heersende erf of de schuldeiser – geen redelijk belang bij nakoming van de verplichting heeft en het ook niet aannemelijk is dat dit belang zal terugkeren.

Hoe verhoudt dit alles zich tot artikel 13 van Boek 3 (art. 3.1.1.14)? De eerste twee leden van artikel 13 luiden:

10. Hoe die afweging uitvalt, is in abstracto uiteraard niet te zeggen. Maar indien duidelijk wordt dat bij een afwijzende beslissing onteigening zal volgen, ligt die beslissing niet voor de hand. Wel zal de rechter aan de wijziging, ontbinding of opheffing de voorwaarde verbinden, dat aan de gerechtigde een schadeloosstelling wordt betaald, die in ieder geval niet minder bedraagt dan in het geval van onteigening. Zie hierna onder „Door de rechter te stellen voorwaarden”.

„Degene aan wie een bevoegdheid toekomt, kan haar niet inroepen, voor zover hij haar misbruikt.

Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.”

Welke is de betekenis van de mogelijkheid die artikelen 79 en 259 bieden, naast artikel 13? Dat de wetgever met „geen redelijk belang” een ruimer toepassingsgebied voor ogen had dan de gevallen die onder artikel 13 van Boek 3 vallen, blijkt uit niets. De betekenis van de mogelijkheid van artikelen 79 en 259 ligt dan ook op een ander vlak. Ook al kan een vordering tot nakoming worden afgeweerd met een beroep op het leerstuk misbruik van bevoegdheid, van het enkele bestaan van de voortdurende verplichting gaat niet zelden een waardedrukkende invloed uit. Dáárom bieden artikelen 79 en 259 de eigenaar van het registergoed de mogelijkheid zich definitief van de verplichting te ontdoen.¹¹ Daarbij zal de rechter twee vragen moeten beantwoorden. Is het vasthouden aan de verplichting inderdaad misbruik van bevoegdheid? En bovendien: is aannemelijk dat daarin nimmer verandering komt, dat – met andere woorden – een gerechtvaardigd belang bij de verplichting niet meer zal terugkeren?

De wijze waarop artikelen 79 en 259 zich tot artikel 13 verhouden, dwingt ons tot een belangrijke gevolgtrekking: de woorden „zonder redelijk belang” mogen niet alleen niet ruimer, maar ook niet enger worden opgevat dan de gevallen waarin rechtsuitoefe-

11. Aldus met betrekking tot artikel 79 van Boek 5 (art. 5.6.8a): Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer, Parl. Gesch., blz. 284. Het derde lid van artikel 260 (art. 6.5.3.12a) maakt mogelijk dat een beslissing ex artikel 259 wordt ingeschreven in de openbare registers. Een bijzondere bepaling waaruit de bevoegdheid tot inschrijving voortvloeit, is in het geval van artikel 259 van Boek 6 nodig, omdat volgens het tweede lid van artikel 17 van Boek 3 (art. 3.1.2.2) feiten die alleen persoonlijke rechten geven of opheffen – en de rechten uit een kettingbeding of een kwalitatieve verplichting zijn uiteraard persoonlijke rechten –, slechts kunnen worden ingeschreven, indien een bijzondere wetbepaling dit toestaat. In het geval van artikel 79 van Boek 5 kan de inschrijving wel onmiddellijk op artikel 17 van Boek 3 worden gegrond. Zie het eerste lid van artikel 17, sub e.

ning misbruik zou opleveren. Indien uitoefening van een bevoegdheid niet mogelijk is vanwege artikel 13 van Boek 3, welk redelijk belang heeft de gerechtigde dan nog bij het – in abstracto – voortbestaan van de verplichting, hoewel niet aannemelijk is dat die mogelijkheid ooit zal terugkeren? Toepassing van artikelen 79 en 259 is dus ook mogelijk indien de gerechtigde wel degelijk belang bij de nakoming van de voortdurende verplichting heeft, maar er een kennelijke onevenredigheid bestaat tussen zijn belangen en die van de eigenaar van het registergoed.¹²

DOOR DE RECHTER TE STELLEN VOORWAARDEN

Artikelen 81 van Boek 5 (art. 5.6.8ba) en 260 van Boek 6 (art. 6.5.3.12a) geven de rechter de bevoegdheid aan de wijziging, ontbinding of opheffing een of meer voorwaarden te verbinden. Een mogelijkheid die de rechter vooral zal benutten in die gevallen waarin hij schadeloosstelling gerechtvaardigd acht.

Indien het ongewijzigd voortduren van de erfdienstbaarheid, het kettingbeding of de kwalitatieve verplichting in strijd is met het algemeen belang, zal schadeloosstelling vrijwel steeds op haar plaats zijn. Zoals Bloembergen het uitdrukt:

„Het is strijdig met de *égalité devant les charges publiques* om algemene belangen te verwerkelijken ten koste van een toevallige individuele burger”.¹³

Een tegenwerping dient bij voorbaat te worden gepareerd. Schadeloosstelling gaat ten koste van de eigenaar van het verbonden registergoed.¹⁴ En – zo zou men kunnen betogen – ook ten aanzien van hem is het niet gerechtvaardigd algemene belangen te verwerkelijken op kosten van een individuele burger.

De positie van de gerechtigde verschilt echter doorslaggevend met die van de eigenaar. De eigenaar van het registergoed *kiest*:

12. Vergelijk het slot van artikel 13 van Boek 3.

13. A. R. Bloembergen, *Wijziging bij kwalitatieve verbintenissen*, Bouwrecht 1979, blz. 651.

14. Behalve in het geval de rechter schadeloosstelling door de *overheid* als voorwaarde stelt. Dat de overheid – behalve in gevallen waarin zij de eigenaar van het verbonden goed is – vaak bereid zal zijn die voorwaarde te vervullen, lijkt niet erg waarschijnlijk.

vervult hij de voorwaarde niet, dan blijft alles bij het oude. De gerechtigde moet daarentegen afwachten. De overheid kan onteigenen, maar ook de eigenaar van het registergoed kan het einde van de voortdurende verplichting bewerkstelligen. Voor wat betreft een door hem te ontvangen schadeloosstelling mag dat geen verschil maken.

Stellen wij ons bij voorbeeld het volgende geval voor. In een middelgrote stad bevindt zich een ruim bemeten park. Eigenaar is de gemeente. Ten behoeve van een naast het park gelegen landhuis is in de vorige eeuw een erfdienstbaarheid van niet-bebouwing gevestigd. Thans wil de gemeente een deel van het park graag opofferen voor de bouw van woningen en zij draagt het daartoe bestemde deel over aan een projectontwikkelaar. Denkbaar is nu dat de overheid het initiatief neemt en de erfdienstbaarheid onteigent. In dat geval ontvangt de gerechtigde – de eigenaar van het landhuis – schadeloosstelling. Maar evenzeer denkbaar is dat niet de overheid maar de projectontwikkelaar het initiatief neemt en de rechter verzoekt de erfdienstbaarheid op te heffen. En zou de gerechtigde in dat geval géén schadeloosstelling ontvangen? Het wil er bij mij niet in. Indien de rechter wijzigt, ontbindt of opheft omdat het ongewijzigd voortduren van de verplichting in strijd is met het algemeen belang, dient hij daaraan de voorwaarde te verbinden dat een schadeloosstelling wordt betaald, die in ieder geval niet minder bedraagt dan bij onteigening.

Heel anders is het gesteld met gevallen waarin een redelijk belang bij nakoming van de verplichting ontbreekt. De gerechtigde lijdt in een dergelijk geval immers geen enkele schade: rechtsuitoefening was in verband met artikel 13 van Boek 3 ook zonder de rechterlijke opheffing of ontbinding onmogelijk. Wel sluit de opheffing of ontbinding de mogelijkheid uit dat een redelijk belang bij nakoming zal terugkeren (en daarmee tevens de mogelijkheid van geoorloofde rechtsuitoefening), maar toepassing van artikelen 79 van Boek 5 en 259 van Boek 6 veronderstelt dat de rechter terugkeer van een redelijk belang bij nakoming niet aannemelijk acht. Ook in dat opzicht bestaat dus geen reden voor schadeloosstelling.

Maar ligt dat niet anders in die gevallen waarin aan het oordeel dat een redelijk belang bij nakoming ontbreekt een belangenafweging ten grondslag ligt (het derde door artikel 13 van Boek 3

genoemde geval)? Is het niet denkbaar dat in zo'n geval een schadeloosstelling de weegschaal naar de andere kant doet doorslaan? Zeker, maar het ligt niet voor de hand daarbij de weg van de artikelen 81 van Boek 5 (art. 5.6.8ba) en 260 van Boek 6 (art. 6.5.3.12a) te bewandelen. Rechterlijke opheffing of ontbinding *veronderstelt* dat een redelijk belang bij nakoming ontbreekt. De rechter die aan zo'n opheffing of ontbinding de *voorwaarde* verbindt dat een schadeloosstelling wordt betaald, omdat dan een redelijk belang ontbreekt, komt in een akelige cirkelredenering terecht. Een andere voorstelling van zaken lijkt mij zuiverder: een redelijk belang bij nakoming ontbreekt, indien en omdat de eigenaar van het registergoed bereid is een schadeloosstelling te betalen. Een belangrijk voordeel van die constructie is bovendien dat zij geheel in de pas loopt met hetgeen op grond van artikel 13 van Boek 3 zal gelden. Ook buiten het geval dat de rechter de voortdurende verplichting opheft of ontbindt, is immers denkbaar dat de bereidheid van de eigenaar van het registergoed om een schadeloosstelling te betalen aan rechtsuitoefening in de weg staat: vasthouden aan onverkorte nakoming kan in verband met de aangeboden schadeloosstelling – en de overige omstandigheden van het geval – misbruik van bevoegdheid zijn.¹⁵

SLOT

De artikelen 78 sub b, 79 en 81 van Boek 5 (art. 5.6.8, 5.6.8a en 5.6.8ba) en 259 en 260 van Boek 6 (art. 6.5.3.12–6.5.3.12a) verschaffen een belangrijke nieuwe mogelijkheid om overbelasting van registergoederen door een overmaat aan erfdiensbaarheden, kettingbedingen of kwalitatieve verplichtingen te bestrijden. Voor de rechter is daarbij een veeleisende rol weggelegd. Hij weegt belangen af: niet alleen particuliere, maar ook algemene belangen. Ook bij het ontbreken van een redelijk belang bij nakoming als grond voor opheffing of ontbinding valt aan belangenafweging niet te ontkomen: niet ieder overblijvend belang van de gerechtigde bij nakoming is – afgewogen tegen de belangen van de eigenaar van

15. Vergelijk het bekende HR 17 april 1970, NJ 1971, 89; Grensoverschrijdende garage, waar sprake is van: „ . . . in plaats van genoeg (. . .) nemen met een redelijke schadevergoeding een vordering tot amotie instellen”.

het registergoed – redelijk. En ook voor wat betreft de *inhoud* van de rechterlijke beslissing heeft de wetgever veel aan de rechter overgelaten. Het is aan hem om te bepalen of schadeloosstelling op haar plaats is en zo ja tot welk bedrag.

De artikelen 78 sub b, 79 en 81 van Boek 5 en 259 en 260 van Boek 6 vergen veel van de rechterlijke macht. Dat staat niet op zich zelf: is de rol van de rechter ook niet op andere terreinen binnen het vermogensrecht – en daarbuiten – aan het veranderen?